HAK ASASI MANUSIA:

Dialektika Universalisme vs Relativisme di Indonesia

Editor:
Al Khanif
Herlambang P. Wiratraman
Manunggal Kusuma Wardaya

LKiS

SEPAHAM INDONESIA

SERIKAT PENGAJAR HAM INDONESIA

HAK ASASI MANUSIA:

Dialektika Universalisme vs Relativisme di Indonesia

PANCASILA

1. KETUHANAN YANG MAHA ESA
2. KEMANUSIAAN YANG ADIL DAN BERADAB
3. PERSATUAN INDONESIA
4. KERAKYATAN YANG DIPIMPIN OLEH HIKMAT KEBIJAK-SANAAN DALAM PERMUSYAWARATAN / PERWAKILAN
5. KEADILAN SOSIAL BAGI SELURUH RAKYAT INDONESIA

HAK ASASI MANUSIA:

Dialektika Universalisme vs Relativisme di Indonesia

Editor :
Al Khanif
Herlambang P. Wiratraman
Manunggal Kusuma Wardaya

HAK ASASI MANUSIA
Dialektika Universalisme vs Relativisme di Indonesia
Al Khanif, Herlambang P. Wiratraman, Manunggal Kusuma Wardaya (eds.)
©Sepaham, CHRM2, Unej, *LK*i*S*, 2017

xvi + 390 + halaman; 15 x 23 cm
1. HAM 2. Universalisme
3. Relativisme

ISBN: 978-602-6610-42-3

Editor: Al Khanif, Herlambang P. Wiratraman, Manunggal Kusuma Wardaya
Rancang Sampul: Noril Camelia
Setting/*Layout*: Noril Camelia

Penerbit & Distribusi:
*LK*i*S*
Salakan Baru No. I Sewon Bantul
Jl. Parangtritis Km. 4,4 Yogyakarta
Telp.: (0274) 387194
Faks.: (0274) 379430
http://www.lkis.co.id
e-mail: lkis@lkis.co.id

Anggota IKAPI

Bekerja sama dengan Sepaham, CHRM2, dan UNEJ Jember

Cetakan 1: Desember 2017

Percetakan:
*LK*i*S*
Salakan Baru No. I Sewon Bantul
Jl. Parangtritis Km. 4,4 Yogyakarta
Telp.: (0274) 417762
e-mail: lkis.printing@yahoo.com

Pengantar Editor

Buku ini merupakan salah satu upaya yang dilakukan oleh Serikat Pengajar Hak Asasi Manusia (SEPAHAM) Indonesia, *The Centre for Human Rights, Multiculturalism & Migration* (CHRM2) dan Universitas Jember untuk memberikan pemahaman kompleksitas pemenuhan HAM di Indonesia. Sebagai salah satu negara dengan penduduk Muslim terbesar dengan sistem demokrasi, Indonesia mempunyai pengalaman panjang terkait kontestasi universalisme versus relativisme HAM. Dengan komposisi demografi mayoritas Muslim tersebut, konsep negara integral – sebagaimana yang diklaim oleh David Bourchier menekankan kepentingan umum sebagai tujuan tertinggi dalam sistem hukum Indonesia,[1] persinggungan moralitas, hukum dan agama dalam dinamika HAM menjadi tak terhindarkan. Hal ini disebabkan, mayoritas Muslim dan juga penganut agama-agama lain di Indonesia cenderung menggunakan standar agama masing-masing untuk menjustifikasi pemberlakuan HAM karena bagi mereka agama merupakan bagian integral dari kehidupan masyarakat di Indonesia.[2]

Perdebatan universalisme versus relativisme HAM tidaklah khas Indonesia, melainkan pula terjadi di banyak belahan dunia lain. Tak saja yang agama, perdebatan antara universalisme dan relativisme HAM pula muncul sebagai akibat kontestasi budaya dan tradisi lokal di satu sisi dan klaim kemanusiaan universal yang dianut dalam HAM. Masih dijumpainya anak di bawah umur yang harus bekerja layaknya orang dewasa, penempatan perempuan yang hanya untuk urusan domestik, represi terhadap hak reproduksi maupun kesehatan seksual atas nama kesantunan adalah sekedar menyebut sedikit contoh betapa relativisme HAM masih memiliki

---

1 David Bourcher, 'Positivism and Romanticism in Indonesian Legal Thought', *Indonesia: Law and Society* (Federation Press 2008) 94.

2 Al Khanif, 'Protecting Religious Minorities within Islam in Indonesia: A Challenge for International Human Rights Law and Islamic Law' (SOAS University of London 2016) 35.

landasan pembenarnya yang kuat di berbagai bangsa. Pun, perdebatan mengenai keduanya bukan hal baru dan oleh karena itu pemahaman HAM di aras global tidak akan tunggal. Sejarah panjang perdebatan tersebut menunjukkan tarikan beragam lapisan kepentingan terkait apakah suatu negara, masyarakat atau individu tertentu dapat mengakomodasi HAM, atau justru sebaliknya mengingkarinya.

Perdebatan universalisme versus relativisme HAM yang terjadi tersebut dapat dipahami dengan menyadari bahwa perdebatan terkait keduanya tidak hanya merujuk pada teks melainkan juga konteks HAM yang dipahami oleh negara, masyarakat atau individu. Perdebatan itu berbaur dengan perkembangan masyarakat bersama dengan semua hal yang melekat kepadanya. Di berbagai negara, norma-norma HAM berhadapan dengan budaya, tradisi, agama, politik, hukum yang berkembang di suatu negara yang tidak stagnan dan cenderung fluktuatif mengikuti arus pemikiran masyarakat dan pemerintah sehingga menyebabkan semakin kompleksnya pemenuhan HAM di suatu negara. Jack Donnelly mengemukakan bahwa meskipun dia termasuk sebagai pendukung universalisme HAM, namun realitas global menyebabkan adanya beragam penafsiran dan pemberlakuan norma HAM di berbagai negara. Misalnya Donnelly mengilustrasikan betapa norma-norma "kebebasan beragama" dalam Pasal 18 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia dan Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik tidak akan diterima oleh sebagian besar umat Islam karena adanya penafsiran "larangan berpindah agama" bagi umat Islam.[3]

Resistensi terhadap universalisme norma-norma HAM juga muncul di Amerika Serikat khususnya norma-norma terkait kebebasan berpendapat. Misalnya, aturan yang ada di Pasal 4 Konvensi Anti Diskriminasi dan Pasal 20 (2) Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik terkait larangan "ujaran kebencian" terhadap suatu kelompok agama atau ras ditolak oleh Amerika Serikat yang membolehkan ujaran kebencian dengan

[3] Jack Donnelly, 'The Relative Universality of Human Rights' (2007) 29 Human Rights Quarterly 281, 301.

syarat tidak memicu kekerasan terhadap suatu ras atau agama tersebut.[4] Kedua ilustrasi ini mengindikasikan bahwa pemahaman partikularitas bukan semata soal berbeda teks dan berbeda konteks, karena setiap komunitas manusia memiliki elemen mendasar yang sama yakni ingin menghormati nilai-nilai kemanusiaan. Yang harus ditekankan adalah partikularitas tanpa pemaknaan kuat elemen dasar kemanusiaan adalah sama dengan membunuh nilai-nilai kemanusiaan dalam rangka melegitimasi lapisan tertentu kepentingan politik ekonomi dalam komunitas yang terdominasi.

Bagaimana dengan Indonesia? sejarah hukum negeri ini sebagamana diketahui, mewarisi tradisi rasisme yang kuat kolonialisme Belanda yang kendati bangun kuasa politiknya telah runtuh, namun ruhnya terus terlembaga dalam hukum nasional. Institusionalisasi ini terlihat dari bagaimana warisan hukum seperti pembedaan atas dasar ras, tiga golongan hukum yang diperkenalkan masa itu.[5] Norma-norma tersebut sebagaimana diketahui begitu memengaruhi perkembangan hukum acara perdata hingga saat ini. Hukum-hukum itu, pada gilirannya masuk dan terformalisasi justru oleh afirmasi politik para penggagas negara ini, memberlakukan hukum kolonial menjadikannya hukum nasional, yang karakter hukumnya sesungguhnya lebih memperlihatkan politik hukum negara (hukum kolonial), bukan mengembangkan gagasan menguatkan hukum rakyat beserta nilai-nilai yang telah berkembang di tengah masyarakat.[6]

Uniknya, tidak berselang kekuasaan kolonial beralih ke nasional, gagasan Soekarno menguatkan posisi di negara dunia ketiga melalui gerakan non-blok mendapati momentum perlawanan atas penundukan kolonialisme yang masih bertahan dalam tata dunia masa perang dingin. Konferensi Asia-Afrika adalah pemuncak atas representasi politiknya yang dikenali dalam sejarah kemerdekaan negara-negara selatan (*Global South*) atas

---

4 ibid 302.

5 Lihat misalnya Pasal 163 dan Pasal 131 IS (Indische Staatsregeling)& (Staatsblad 1917-129, 1924-556 dan 1917-12).

6 Lihat selengkapnya di Herlambang P Wiratraman, dkk, *Hukum Rakyat: Filsafat, Teori Dan Paradigmanya* (HUMA 2014).

'dominasi Barat' (atau pula disebut '*Global North*', atau negara-negara utara). Sejarah tersebut, diperkuat oleh produksi pengetahuan HAM yang lebih berorientasi pada karakter dan ajaran yang memijakkan perkembangan narasinya dari masa Plato, Aristoteles dan Epictectus di Yunani, hingga perkembangannya di daratan Eropa (Hobbes; Locke) dan Perancis (Rousseau), sebelum bergeser ke dominasi wacana kebebasan dan HAM di Amerika Serikat.[7]

Konteks kolonialisme dan pendidikan/produksi pengetahuan inilah yang melahirkan gagasan resistensi Selatan atas dominasi Barat atau negara-negara utara, yang sesungguhnya mereproduksi bentuk dominasi baru di tingkat regional atau bahkan domestik, seperti debat yang hingga kini masih saja bertahan sebagai '*Asian Values'* (nilai-nilai Asia). HAM, dalam pandangan negara-negara Asia dicurigai sebagai nilai-nilai Barat yang individualistik dan tak sekali-kali kongruen dengan nilai Asia yang komunalistik. Di saat yang sama *Asian values* ini pula dijadikan pembenar rejim-rejim otoriter di Asia atas terjadinya berbagai pelanggaran HAM yang mengatasnamakan 'keluhuran' nilai-nilai lokal. Wacana 'konstruksi Barat/Utara' digunakan untuk melegitimasi kepentingan-kepentingan tertentu yang digunakan sebagai topeng etis (*ethical mask*) melawan kekuasaan imperial dan kolonial yang sesungguhnya hanya pelanggengan proses penindasan itu sendiri. Implementasi nyata HAM dalam hukum dan praktiknya lebih memperlihatkan cara-cara yang 'meneguhkan tafsir partikularitas' (relativisme) dengan pendisiplinan wacana, seperti HAM, kebebasan ekspresi, dan hak-hak politik.

Pendisiplinan wacana yang merelatifkan universalisme HAM sesungguhnya pembahasaan baru dalam karakter politik hukum negara-negara pasca kolonial, untuk menopang kepentingan politik kekuasaan di negara-negara selatan, tak terkecuali Indonesia di masa Soeharto dan sejumlah negara tetangganya, seperti Mahathir Muhammad di Malaysia dan Lee Kuan Yew di Singapura. Wacana

---

7 Lihat misalnya Micheline Ishay, *The Human Rights Reader: Major Political Essays, Speeches, and Documents from Ancient Times to the Present* (Taylor & Francis 2007).

HAM terdisiplinkan dalam kerangka penindasan dalam dua model kuasa baru, hegemoni dan dominasi. Di titik ini, yang bekerja sesungguhnya dua hal yaitu 'kekuasaan tafsir dan tafsir kekuasaan!'.[8] Realitas ini seakan menjadi tesis dari pendapatnya Ignatieff dan Douzinas, dimana keduanya menyatakan dominasi dan hegemoni negara ditopang oleh bekerjanya militer untuk mereproduksi wacana sekaligus mendisiplinkannya di tengah masyarakat.[9] Fungsinya satu yakni pelanggengan penindasan!

Dalam konteks Indonesia hari ini, kembalinya wacana 'pemurnian Pancasila' (dulu di masa rezim otoritarian Orde Baru Soeharto, disebutnya 'pelaksanaan Pancasila dan UUD 1945 secara murni dan konsekuen) melalui sakralisasi Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) yang disebut-sebut ber-'harga mati', memunculkan pendisiplinan baru atas upaya penyelesaian kasus-kasus pelanggaran dan kekerasan HAM yang begitu banyak dan tak terselesaikan. Dalam kasus pelanggaran HAM masa lalu yang melibatkan militer sebagai aktor utama, 'NKRI harga mati' dipakai sebagai pembenar terhentinya penyelesaian kasus-kasus pelanggaran HAM berat yang berdimensi separatisme. Kepentingan untuk melindungi relijiusitas bangsa dan keselamatan NKRI pula seakan menjadi pembenar persekusi terhadap mereka yang dianggap sebagai bagian dari Partai Komunis Indonesia maupun komunisme (yang dicitrakan sebagai tak beriman dan bertuhan itu) dalam pelanggaran HAM berat Peristiwa 1965-1966. Tak mengherankan, relativisme HAM dalam konstruksi politik yang demikian, pada kenyataannya bukan semata melahirkan kuasa legitimasi penindasan, namun sekaligus menguatkan mata rantai impunitas atas meluasnya kejahatan-kejahatan HAM.

Manakala buku ini disusun, gerakan pemurnian Pancasila tengah digaungkan kembali oleh penguasa karena desakan konflik antar ideologi dan masuknya ideologi trans-nasionalime radikal.

---

8 Herlambang P Wiratraman, *Tafsir Kekuasaan Dan Kekuasaan Tafsir Dalam Hukum: Wacana Pembaruan Hukum Di Indonesia* (HUMA 2007).

9 Lihat Michael Ignatieff, *Lesser Evil: Political Ethics In An Age Of Terror* (Penguin Canada 2006) &Costas Douzinas, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism* (Routledge 2007).

Sayangnya kompleksitas benturan ideologi tersebut juga melahirkan sentimen rasisme baru yakni semangat 'anti-Cina' (sepaket dengan meneguhkan posisi kedaulatan 'pribumi') dan anti-komunisme (yang sebenarnya pelanggengan hantu atas nama teror komunis atau Partai Komunis Indonesia, PKI). Keduanya merupakan contoh reproduksi wacana untuk mengelabuhi diskursus universalisme HAM yang sekaligus menutupi kebusukan para penjahat HAM dan oligarki kekuasaan korup dalam pentas politik ekonomi di tanah air. Sentimen anti Cina dan Komunisme juga menjadi bukti bahwa kekuasaan negara telah dimanipulasi oleh penguasa dan kelompok masyarakat tertentu untuk melanggengkan rasisme dan melakukan diskriminasi sistemik di Indonesia.[10]

Kontestasi politik elektoral di Indonesia pasca masa otoritarian, kerap dan terus mereproduksi wacana yang melumasi gagasan politiknya dengan rasisme dan bermanuver dengan isu-isu HAM yang telah diseleksi (*selected human rights*) sebagai prasyarat kompromi dan aliansi politik yang sesungguhnya berkarakter elitisme dan jauh dari upaya maju penghormatan, perlindungan dan pemenuhan HAM. Bahkan, tidak terlalu mengejutkan, aktor-aktor pelanggar HAM justru bisa berkontestasi politik dalam pemilihan Presiden, atau menjadi pejabat negara, bukan karena semata rakyat yang mudah lupa atas realitas kejahatan masa lalu, melainkan lebih kuat akibat faktor pondasi ekonomi politik itu tumbuh di atas organisasi politik, struktural kenegaraan, hingga pelembagaan *privatised gangster* (premanisme yang diswastakan secara operasional) dengan keragaman jubahnya.

Tentu, tak semuanya berhasil, karena perkembangan politik kesadaran kewargaan bangsa Indonesia mengalami pertumbuhan pesat setelah kran demokratisasi kian terbuka saat ini. Pelumasan dan manuver itu berhasil di masyarakat yang ahistoris, terhubung

[10] Vincent Bevins, 'Ethnic Chinese Still Grapple with Discrimination despite Generations in Indonesia' *Washington Post* (18 March 2017) <https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/ethnic-chinese-still-grapple-with-discrimination-despite-generations-in-indonesia/2017/03/17/4abba780-0444-11e7-ad5b-d22680e18d10_story.html>accessed13November 2017.

dengan aliansi oligarki kekuasaan, yang tidak semata komunitas kurang terdidik, melainkan pula komunitas pendidikan tinggi, dan bahkan pengampu atau pengemban pendidikan HAM sangat mudah sekali masuk dalam perangkap pendisiplinan wacana yang sebenarnya opresif bagi peradaban kemanusiaan.

Terkait dengan semua kompleksitas tersebut, wacana universalisme dan relativisme HAM perlu didorong untuk dikembangkan sebagai medium pendidikan filsafat HAM yang pula menghubungkan alam realitas sosial politiknya, agar tak terjerembab dalam alam imajinatif kosong dan tak bermanfaat sama sekali. Wacana itu, dikuatkan sebagai proses menjadi, karena HAM mengalami perkembangan seiring dengan kemajuan peradaban kemanusiaan itu sendiri. Dulu, di masa imperium kerajaan hingga imperialisme-kolonialisme negara Utara, begitu mudah dijumpai praktik perbudakan. Kini hal itu tak menemukan relevansinya dan bahkan dikenal sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan yang harus dihapuskan di muka bumi, sebagaimana penghapusan penjajahan negara-bangsa atas negara-bangsa lainnya. Begitu juga kedudukan perempuan yang rendah dan direndahkan di masa silam (karena interpretasi teks agama maupun budaya), tak boleh lagi diterima sebagai suatu kewajaran, karena perkembangan pemikiran keadilan gender yang seiring pula atas upaya non-diskriminasi atas segala bentuk latar belakang ras/etnis, agama, warna kulit, dalam kehidupan kemanusiaan.

Universalisme HAM dalam konteks 'menjadi' bukan semata soal filsafat, melainkan pendidikan dan politik, yang mensyaratkan perjuangan atau upaya perubahan. Ia membutuhkan komitmen kuat dalam mendorong, membangun dan membagi kebaikan manusia atas manusia lainnya, yang sejatinya melekat dalam diri manusia (*entitled*), bagi keberagaman sosial di muka bumi. Pemikiran soal wacana ini, ditutup dengan menghadirkan identifikasi pemaknaan serta pergeserannya dalam memahami HAM dan pola pelanggengan penindasannya, agar perdebatan itu menjadi lebih substantif nan berisi, sebagai tantangan pemikiran HAM di era liberalisasi pasar.

Universalisme HAM harus terus bisa diperjuangkan sebagai pembentukan peradaban kemanusiaan yang lebih meneguhkan dua hal, sebagaimana dikutip dari Abdullahi Ahmed An-Na'im, yakni *'the will to live' and 'the will to be free'* (keinginan untuk hidup dan bebas).[11] 'Keinginan untuk hidup', maka manusia harus dilindungi dan dipenuhi hak-hak dan kebutuhan dasarnya atas pangan, tempat tinggal layak, kesehatan, dan hak-hak lainnya untuk melanjutkan kehidupan layaknya. Sedangkan 'keinginan untuk bebas' adalah melampaui keinginan untuk hidup yang bermanfaat untuk tujuan kehidupannya, secara baik kebutuhan sempurnnya spiritual, moral, dan seni. Pemaknaannya, apa yang difikirkan An-Na'im sederhannya lebih merujuk ke realisasi progresif hak-hak baik itu disebut sebagai hak-hak ekonomi, sosial dan budaya maupun hak-hak sipil dan politik.

Kedua, bahwa harus ada keberanian untuk menantang dan membongkar wacana opresif yang mendisiplinkan HAM oleh utamanya aktor-aktor yang sarat dan terlibat kejahatan HAM, baik itu institusi politik, militer, paramiliter, bahkan individual dalam strategi penjungkirbalikan yang lebih bernas dan adaptif di tengah masyarakat. Hal ini penting, mengingat pergeseran wacana tersebut kini lebih kuat didorong dengan menggunakan kekuatan modal untuk menangguk keuntungan ekonomi dan politik yang demikian rapi melalui pelembagaan politik demokrasi.

Jember, 11 November 2017

Tim Editor
Al Khanif
Herlambang Perdana Wiratraman
Manunggal Kusuma Wardaya

[11] W Twining, '„Human Rights: Southern Voices; Francis Deng, Abdullahi An-Na‟ Im, Yash Ghai and Upendra Baxi‟, 2007 (1) Law' Social Justice & Global Development Journal (LGD). http://www. go. warwick. ac. uk/elj/ lgd/2007_1/twining 2.

DAFTAR ISI

Pengantar Editor → v
Daftar Isi → xiii

BAB I HAK ASASI MANUSIA, UNIVERSALISME DAN RELATIVISME

Universalitas Hak Asasi Manusia dalam Hukum Internasional: Sebuah Pendekatan Post-Kolonial→ 1
Fajri Matahati Muhammadin

Menelaah Konsep Universalisme-Selektif dalam Diskursus HAM Universalisme dan Relativisme Budaya→ 21
Mirza Satria Buana

Menimbang Gagasan Sejarah Pemuliaan Martabat Manusia Perspektif Agama-Agama, Barat, dan Indonesia→ 43
Haidar Adam

Universalisme Hak Asasi Manusia: Studi Perdebatan Islam dan Barat terhadap Hukuman Mati→ 73
Habib Shulton A

BAB II HAK ASASI MANUSIA DAN AGAMA

Eksistensi Penganut Aliran Kepercayaan dan Kompleksitas Hak Kebebasan Beragama di Indonesia→ 99
Ayuningtyas Saptarini dan Dina Tsalist Wildana

Meretas Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan dalam UUD 1945→ 119
Muja'hidah dan Hilda

Menakar Porsi Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan→ 141
Dhia Al Uyun

BAB III HAK ASASI MANUSIA DAN HUKUM NASIONAL

Penormaan Hukuman Cambuk sebagai Ekstensifikasi Pembatasan Hak Asasi Manusia dalam Legislasi→ 155
Dian Agung Wicaksono

Tujuan Bernegara Melalui Manifesto HAM dalam Bingkai Ideologisasi Pancasila→ 181
Zuhri Saifudin

Hak Pilih sebagai Hak Konstitusional: Hak Konstitusional Turunan ataukah Hak Tersirat?→ 199
Bisariyadi

Konstitusionalitas HAM di Indonesia: Menakar Arah Partikularitas HAM Indonesia→ 221
Majda El Muhtaj

Pembatasan terhadap Kebebasan Berserikat dan Berkumpul: Studi Kasus Perppu No.2 Tahun 2017 tentang Keormasan → 241
Atip Latipulhayat dan Rachminawati

Extraterritorial Litigation sebagai Solusi Alternatif *Access to Justice* bagi Korban Pelanggaran HAM oleh Korporasi Multinasional (MNCs)→ 275
Prischa Listiningrum dan Rizqi Bachtiar

BAB IV HAK ASASI MANUSIA DAN KELOMPOK RENTAN

Diskursus Universalisme vs. Relativisme Hak Asasi Manusia dan Dampaknya terhadap Kelompok Rentan di Indonesia→ 299
Al Khanif dan Kukuh Budi Mulya

Perlindungan terhadap Korban Perempuan Difabel dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia→ 321
Bestha Inatsan Ashila dan Dio Ashar Wicaksana

Problematika Pemenuhan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat→ 345
Siti Khoiriah dan Rudi Wijaya

Perlindungan Maternitas dan Keadilan Gender→ 361
Dian Ferricha

Daftar Kontributor →385

BAB I
HAK ASASI MANUSIA, UNIVERSALISME, DAN RELATIVISME

Universalitas Hak Asasi Manusia dalam Hukum Internasional: Sebuah Pendekatan Post-Kolonial

Fajri Matahati Muhammadin

Pendahuluan

Dahulu, Hak Asasi Manusia (HAM) merupakan wilayah hukum nasional dan bukan internasional.[1] Barulah pada tahun 1945, mulailah HAM masuk pada rejim hukum internasional, tepatnya saat Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) menyatakan mukadimahnya:

> "… menegaskan kembali keyakinan akan hak asasi manusia, atas martabat dan nilai pribadi manusia, dalam persamaan hak laki-laki dan perempuan dan bangsa-bangsa besar dan kecil…"

Dan dalam Pasal 1(3) Piagam PBB:

> "Mengadakan kerjasama internasional…memajukan dan mendorong penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia dan kebebasan-kebebasan dasar seluruh umat manusa tanpa membedakan ras, jenis kelamin, bahasa, atau agama…"

Penjabaran dari konsep HAM dan kata 'universal' pertama kali muncul di Majelis Umum PBB pada tahun 1948 melalui Deklarasi Universal HAM (DUHAM). Kemudian, sebagaimana telah mafhum, bermunculanlah berbagai konvensi internasional yang lebih merinci HAM.[2]

---

1 Malcolm N Shaw, *International Law* (6th edn, Cambridge University Pres (2008) 270.

2 Antara lain:

- *The International Covenant on Civil and Political Rights* (1966) atau ICCPR,
- *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights* (1966) atau ICESCR,
- *The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women* (1979) atau CEDAW,

Dengan demikian mulailah era HAM sebagai sebuah rezim yang keluar dari ranah mutlak domestik menjadi sebuah norma hukum internasional yang sangat populer.

Sejak itulah mulai muncul kritik-kritik terhadap praktek-praktek HAM di berbagai negara. Sebagian ada yang sangat ekstrim, misalnya penindasan terhadap kaum kulit hitam di Afrika Selatan oleh rezim apartheid. Akan tetapi, ada hal -hal yang diklaim 'bertentangan dengan norma HAM internasional' padahal ternyata klaim tersebut patut dipertanyakan. Misalnya: apakah hak antara laki-laki dalam hukum keluarga cukup setara saja, ataukah harus sama? Komite CEDAW mengklaim bahwa harus sama, padahal lebih dari 20 negara dari awal mengatakan cukup sejajar dan tidak harus sama.

Sejak kapan dan sejauh mana hukum internasional bersifat memaksa kepada negara-negara? Dari mana bisa muncul klaim universalitas yang dipaksakan untuk semua negara, padahal dari awal tidak ada keseragaman pendapat antara pembuat hukum internasional yaitu negara-negara itu sendiri?

Ternyata, ketika HAM masuk dalam ranah hukum internasional, ia juga masuk dalam wilayah hegemoni peradaban barat yang berakar pada penjajahan sebagai pusatnya pada abad pertengahan, sebagaimana argumen Antony Anghie. Maka dari itu, untuk menin-jau dampak-dampak kolonialisme pada berbagai struktur ekonomi, politik, sosial, dan lain sebagainya, pada masa kini, tulisan ini menggunakan perspektif postkolonialisme.

Tulisan ini akan membuktikan bahwa klaim universalitas HAM dalam hukum internasional memiliki pondasi yang sangat rapuh, dan bahkan merupakan reinkarnasi dari pola pikir yang menjustifikasi penjajahan dulu.

- *The Conventions on the Rights of the Child* (1990) atau CRC,dan lain sebagainya

Seputar Hukum Internasional, Sifat dan Sumber-Sumbernya

Di tengah ketidaksepakatan para ahli hukum mengenai definisi 'hukum', menarik menyebutkan pemikiran ahli hukum Inggris John Austin (wafat 1859).Baginya, hukum yang sejati haruslah merupakan perintah dari penguasa *political superiors* (atau *sovereign,* daulat, pemerintah, atau penguasa) kepada *political inferiors* (yang diperintah).[3]Konsekuensinya, hukum internasional yang mengatur hubungan antar Negara masing-masingnya berdaulat, tanpa ada daulat tertinggi di atas merekapun tidak dianggap sebagai hukum oleh Austin.[4]

Perdebatan pemikiran Austin terhadap hukum internasional tidak akan dibahas lebih jauh. Hanya saja, penting mengingat bahwa tidak adanya daulat atau pemerintah dalam hukum internasional menimbulkan kesulitan tersendiri untuk mengajukankeotoritatifan sebuah klaim hukum. Penting juga mencatat bahwa subjek hukum internasional yang paling utama adalah negara (daulat).[5]

Karena tidak adanya otoritas pusat dalam hukum internasional, perlu pengamatan secara khusus untuk menemukan yang mana yang merupakan hukum internasional dan kepada siapa ia berlaku. Penting untuk menyebutkan apa saja sumber-sumber hukum inter- nasional dan bagaimana berlakunya.

Sumber yang paling pertama disebut sebagai sumber paling utama—adalah perjanjian internasional[6] yang mengikat pada negara-negara yang telah setuju untuk mengikatkan dirinya sesuai asas *pacta sunt servanda*.[7] Kedua adalah kebiasaan internasional, berlaku mengikat ketika dipraktekkan secara seragam oleh negara-negara dengan juga memiliki keyakinan hukum terhadap praktek tersebut.[8] Sumber hukum internasional ketiga adalah prinsip-

3 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (John Murray 1832) 1–2.
4 ibid 146–147.
5 Shaw 1–2.
6 ibid 94.
7 "Perjanjian mengikat bagi para pihaknya"
8 ibid 72–93.

prinsip umum hukum yang mengisi kekosongan pada kedua sumber sebelumnya.[9]

Selain itu, ada sumber-sumber yang secara formal tidak mengikat tapi dapat digunakan untuk membantu penafsiran yaitu putusan hakim terdahulu dan karya-karya ahli.[10]Inilah sumber-sumber klasik hukum internasional.

Akan tetapi, ternyata perkembangan hukum internasional memunculkan banyak trend baru.Mulai muncul banyak jenis *soft law* yaitu dokumen internasional yang tidak mengikat formal (misalnya resolusi Majelis Umum PBB, dokumen komite konvensi, dan lain sebagainya).Meskipun demikian, *Soft law* tetap dianggap sumber hukum karena diklaim merupakan penafsiran otoritatif atau sebagai kodifikasi dan pengembangan hukum kebiasaan internasional.[11]

Klaim Universalitas dan Hukum Internasional: Dari Era Penjajahan Hingga Abad Ke-20

Sugeng Istanto mengatakan bahwa hukum internasional yang berlaku sekarang adalah dari Eropa[12] dan pernyataan ini sudah mafhum di kalangan akademisi hukum internasional.Akan tetapi, hakikat dan implikasi dari pernyataan tersebut belum banyak dieksplorasi. Di sinilah pendekatan post-kolonial berupaya menggali kenyataan tersebut.

Telah disinggung sebelumnya bahwa pendekatan post-kolonial mengamati dampak-dampak era penjajahan pada zaman sekarang. Pendekatan ini melihat bagaimana penjelajahan bangsa Eropa pada abad ke 15 berlanjut pada era penjajahan yang secara sistemik

---

9 ibid 98.

10 Lihat Pasal 38(1) dan 59, Statuta Mahkamah Internasional

11 Demikian juga putusan hakim dan karya ahli hukum, memiliki dampak serupa. Lebih luas dan dalam mengenai ini: Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press 2007).

12 Sugeng Istanto, *Hukum Internasional* (Penerbit Universitas Atmajaya Yogyakarta 1994) 9–10.

menimbulkan kesenjangan antara kaum penjajah dan terjajah.[13] Penjajahan (fisik) memang secara formal berakhir di pertengahan abad 20, tapi kemudian menjelma menjadi neokolonialisme,[14] dimana sebuah negara dieksploitasi ekonominya dan dibuat tergantung secara ekonomi oleh negara lain sehingga praktis secara politis juga mudah dieksploitasi.[15] Melalui perjalanan seperti inilah peradaban Barat mendapatkan dominasinya di dunia, bukan hanya secara fisik tapi juga pemikiran. Dengan dominasi pemikiran seperti inilah seakan-akan pemikiran selain dari Barat adalah terbelakang dan 'tidak sesuai zaman sekarang'.[16]

A. Mazhab Hukum Alam dan Penjajahan

Bagaimana cara mengklaim bahwa pemikiran dari satu kalangan atau wilayah dapat dijadikan standar kebenaran, dan pemikiran dari kalangan atau wilayah lain adalah 'terbelakang'? Jawabannya: dengan mengklaim universalitas. Penting terlebih dahulu memahami aspek historis dari klaim universalitas dalam hukum internasional, sebelum nanti beranjak lebih spesifik dalam konteks HAM.

Fransisco De Vitoria (wafat 1546), seorang pendeta dan ahli hukum Spanyol yang dikenal sebagai salah satu pionir hukum internasional modern, menyampaikan argumennya untuk menjustifikasi Spanyol menguasai wilayah suku Indian. De Vitoria mengatakan bahwa suku Indian adalah manusia juga sehingga terikat dengan 'hukum alam' (yang menurut madzhab ini mengikat semua manusia) juga, tapi mereka harus di'hukum' akibat tidak bisa memenuhi hukum alam (yang tentunya dipenuhi oleh bangsa Spanyol) disebabkan oleh 'keterbelakangan' dan 'kurang

---

13 Wan Mohd Nor Wan Daud, *Islamization of Contemporary Knowledge and the Role of the University in the Context of De-Westernization and Decolonialization* (Penerbit UTM Press 2013) 6.

14 ibid.

15 Jian Junbo and Donata Frasheri, 'Neo-Colonialism or De-Colonialism? China's Economic Engagement in Africa and the Implications for World Order' (2014) 8 African Journal of Political Science and International Relations 185, 186.

16 Daud 7.

beradabnya mereka.[17]Karena itulah, bolehlah bangsa Spanyol untuk 'memberadabkan' mereka.[18]

Seorang pakar hukum terkenal lainnya, Emer de Vattel (wafat 1767), pakar hukum Swiss yang juga dikenal sebagai salah satu tokoh penting pembentukan hukum internasional modern, juga memiliki argumen menarik. De Vattel berargumen bahwa mengolah dan membudidayakan tanah adalah sebuah kewajiban yang secara alamiah berlaku universal bagi seluruh umat manusia.[19] Karena itulah, bagi Vattel, tidak ada masalah bagi penjajahan wilayah Amerika Utara mengingat penduduk aslinya tidak hidup bermukim melainkan nomaden.[20]

Pendapat-pendapat di atas sangat sarat corak mazhab hukum alamnya. Mazhab hukum ini mengatakan bahwa hukum haruslah berlandaskan moralitas dan keadilan yang mana ia bukan dibuat oleh manusia melainkan secara alamiah sudah ada 'dari sananya', sehingga manusia hanya menjalankan saja.[21] Memang mazhab inilah yang berkembang di Eropa saat itu.

Di sini Anghie menyoroti bahwa standar 'hukum alam' ini adalah standar yang dibuat oleh Eropa sendiri. Misalnya, soal syarat kedaulatan negara. De Vitoria berkata bahwa salah satu syarat kedaulatan adalah mampu menjalankan *just war* yang berlandaskan ajaran kristiani.[22] Konsekuensinya, praktis, hanya negara-negara Eropa yang memenuhi syarat ini sehingga selain Eropa maka tidak berdaulat.[23]

Penting dicatat di sini bagaimana Anghie mencatat bagaimana sebetulnya De Vitoria bukan mempermasalahkan hubungan antar

---

17 Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* 250–251.

18 ibid 251.

19 Emer De Vattel and Joseph Chitty, *The Law of Nations: Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (PH Nicklin & T Johnson 1835) 35.

20 ibid.

21 Mark C Murphy, 'Natural Law Theory' in Martin P Golding and William A Edmundson (eds), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Blackwell Publishing 2005) 16.

22 Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* 26.

23 ibid.

negara[24] melainkan antara kultur yang berbeda.[25] De Vitoria mengakui bahwa bukannya suku Indian tidak memiliki tatanan hukum dan politik, tapi tatanan tersebut begitu berbeda dari Eropa. Ia pun membandingkan keduanya dalam konteks 'hukum universal' *jus gentium,* dan dengan asumsi ala Eropa akhirnya suku In-dian dianggap 'melanggar hukum universal'.[26]

B. Mazhab Positivisme dan Era Dekolonialisme

Abad ke-19, sebuah mazhab hukum baru mulai muncul dan kemudian mendominasi, yaitu mazhab positivisme hukum. Mazhab ini melihat hukum sebagai produk penguasa/daulat, dan terlepas dari keadilan atau nilai-nilai lainnya.[27] Meninggalkan pendapat Austin tentang hukum internasional, akhirnya unsur 'kedaulatan' dapat dipenuhi dalam hukum internasional dengan *consent* atau kerelaan negara dalam mengikatkan dirinya pada suatu hukum.[28] Karena itulah sumber-sumber hukum internasional yang mengikat adalah perjanjian internasional, dan juga kebiasaan internasional yang mensyaratkan adanya *opinio juris* (keyakinan hukum) yang dapat dianggap sebagai persetujuan.[29]

Bayangkan saja masalah yang ditimbulkan dari munculnya mazhab seperti ini di tengah-tengah era penjajahan.Ide dari mazhab ini adalah bahwa hukum adalah perintah dari *political superiors* (atau *sovereign* atau daulat) kepada *political inferiors* (yang diperintah),[30] sedangkan porsi besar dari wilayah dunia adalah di bawah penjajahan.Apa mungkin praktik-praktik atau nilai-nilai dari negara-negara ini dapat masuk ke dalam perhitungan?

Belum lagi, bagi madzhab positivisme, abad itu sangat penting untuk menentukan siapa masyarakat yang akan diberlakukan

---

24 Karena berbicara suku Indian pun tidak dianggap negara karena tidak berdaulat.

25 ibid 28.

26 ibid.

27 Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (Oxford University Press 2006) 28.

28 Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* 43.

29 ibid 44.

30 Austin 1–2.

hukum terhadapnya,[31] dan pemisahan negara 'beradab'-'tidak beradab' adalah yang dilakukan oleh negara-negara Eropa.[32] Maka akhirnya ketika jelas standar 'beradab' adalah Eropa sendiri, dan hanya negara 'beradab' yang dianggap sebagai tempat berlakunya hukum internasional, maka selain mereka pun secara hukum jadi tidak dianggap.

Zaman mulai berkembang hingga masuk abad ke 20. Pakar-pakar hukum positivis pun sudah tidak seperti dulu lagi, dan pasca Perang Dunia II masuklah pada era baru di mana semua (harusnya) terlibat dan mulailah era dekolonialisasi.

Pada periode ini negara-negara dunia ketiga yang baru bermunculan sudah dihadapkan pada konstruksi hukum internasional serta konsep tentang individu yang mencerminkan *western ideals*. Struktur hukum internasional ini tidak melibatkan mereka dalam pembentukannya, tapi mereka mau tidak mau harus ikut apalagi kemandirian politik (pasca kemerdekaan) ternyata tidak begitu berarti tanpa kemandirian ekonomi.[33]

Upaya-upaya negara-negara jajahan ini untuk protes dengan dalil 'kami tidak pernah turut membuat atau menyepakati hukum ini' tidak berhasil.Argumen ini selalu ditolak oleh berbagai pengadilan internasional dan pakar hukum.[34]

Pola pikir 'apapun yang tidak sesuai hukum Barat adalah terbelakang dan tidak sesuai zaman sekarang' pun tetap bertahan. Misalnya pada suatu sengketa komersial dengan dunia Arab tahun 1950an, tidak malu malu para arbitrator menganggap bahwa Syariah terlalu primitif untuk mengenal prinsip-prinsip hukum yang mampu menaungi kontrak komersial modern[35] lalu seenaknya

---

31 Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* 47.

32 ibid 52–65., atau lihat Bab 2 secara umum.

33 Antony Anghie, 'Towards a Postcolonial International Law' in Prabakhar Singh and Benoit Mayer (eds), *Critical International Law: Post-Realism, Post Colonialism, and Transnationalism* (2014) 136–137. Catatan: Belum lagi berbicara tentang 'UN Mandate System' di mana pengelolaan negara-negara bekas jajahan adalah tergantung negara yang diberi mandat.

34 ibid 137.

35 Misalnya pada putusan Lord Asquith of Bishopstone: Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi (1951) 18 I.L.R. 144, hlm.149. Perlu dicatat bahwa ilmu *fiqih* termasuk yang mengatur soal harta,

menerapkan hukum Inggris karena dianggap mewakili hukum-hukum yang modern.[36] Perlu dicatat bahwa sumber hukum internasional yang ketiga adalah prinsip-prinsip hukum, yang oleh Statuta Mahkamah Internasional dirumuskan dengan redaksi: "*the general principles of law recognized by civilized nations.*"[37]

Jejak De Vitoria dalam Universalitas HAM

Anghie berargumen bahwa kurang tepat mengatakan bahwa penjajahan adalah isu *peripheral* dalam pembentukan hukum internasional, melainkan justru sangat sentral.[38] Sebagaimana dijelaskan pada bagian-bagian sebelumnya, terlepas tidak adanya kesepakatan pada definisi 'hukum' ternyata tema sentral dan fundamental pada hukum internasional adalah hubungan antar negara yang berdiri di atas yang lebih dasar lagi yaitu 'kedaulatan'. Di sinilah penjajahan berperan sentral dalam pembentukannya, di mana 'universalitas' sebuah hukum dibangun atas dasar klaim Eropa yang dipaksakan kepada para jajahannya.

Hukum internasional pun berevolusi ke mazhab hukum lain tapi pada pokoknya memperkuat bangunan hukum internasional yang mengokohkan posisi Eropa sebagai 'penentu arah hukum internasional'. Bagaimana dampaknya pada perkembangan HAM?[39] Ada beberapa poin yang perlu ditelaah di sini.

A. Hakikat Alamiah Manusia

Menarik melihat bahasa yang digunakan oleh DUHAM untuk menjelaskan HAM. Misalnya pada paragraf pertama mukadimahnya:

---

ekonomi, dan hubungan komersial sangatlah komprehensif bahkan sejak awal-awal dalam tradisi keilmuan Islam (abad 7-8 masehi), dan tidak berhenti bekembang pesat sampai berabad-abad kemudian bahkan hingga sekarang.

36 *Ibid*

37 Pasal 38(1)(c), dengan tambahan penekanan.

38 Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* 3.

39 Yang kebetulan sekali terjadi pada dekade dekade awal pasca Perang Dunia II, yaitu pada periode dekolonialisasi

> "…bahwa pengakuan atas martabat alamiah dan hak-hak yang sama dan tidak dapat dicabut dari semua anggota keluarga manusia adalah dasar kemerdekaan, keadilan dan perdamaian di dunia…"

Atau juga dapat dilihat pada Pasal 1-nya:

> "…Semua orang dilahirkan merdeka dan mempunyai martabat dan hak-hak yang sama.…"

DUHAM menggunakan istilah '*inherent*' yang maknanya adalah bahwa HAM adalah sesuatu yang alamiah pada sesuatu. Ia juga menggunakan *'born'* yang maknanya adalah bahwa HAM adalah sesuatu yang manusia terlahir dengannya. Maka dengan mengingat bahwa 'U' pada DUHAM adalah 'Universal', ini jelas sekali merupakan corak pemikiran mazhab hukum alam.

Telah dijelaskan bahwa pada awal pembentukan hukum internasional Eropa, sebuah klaim 'universalitas' dilekatkan pada 'kealamiahan'. Sedangkan apa yang 'alamiah' adalah menurut bangsa Eropa saja yang kemudian dipaksakan melalui penguasaan dan penjajahan. Padahal, sebagaimana pendapat Anghie, De Vitoria dalam merumuskan kedaulatan hanyalah mengatur interaksi kultur yang berbeda. Bukankah antar kultur bisa memiliki pandangan yang berbeda mengenai apa itu 'alamiah'?

Konsep manusia dan siapa dia pun jelas berbeda dalam berbagai peradaban. Pemikiran sekuler yang membebaskan akal manusia dari kendali agama dan metafisik, hanya fokus pada 'dunia ini' dan 'saat ini' saja.[40] Tentu pemikir-pemikir sekuler hanya memandang manusia (dan interaksinya dengan dunia) secara materialistis dan tanpa unsur spiritual sama sekali.[41]

Beda lagi dengan masyarakat adat Indonesia yang disebut berkarakter *Religio-Magis,* yang pada pokoknya mempercayai bahwa "*Dunia gaib mempengaruhi bahkan menentukan nasib manusia*."[42] Kepercayaan bahwa adanya roh, hantu, mahluk, atau kekuatan gaib

---

40 C.A. van Peursen, dikutip di: Harvey Cox, *The Secular City: Secularization and Urbanization in Theological Perspective* (Princeton University Press 2013) 2.

41 Al-Attas 35–37, 92–93.Or generally in Chapter II.

42 I Gede AB Wiranata, *Hukum Adat Di Indonesia: Perkembangannya Dari Masa Ke Masa* (Citra Aditya 2005) 61.

lainnya yang hidup di seluruh benda di alam ini,[43] tentu akan mempengaruhi bagaimana konsep siapa itu manusia dan bagaimana interaksinya dengan dunia. Tidak mungkin akan sama dengan pemikiran sekuler.

Terlebih lagi jika kita memandang konsep Islam, yang merupakan salah satu agama terbesar dunia dan agama mayoritas di Indonesia. Islam menjelaskan bahwa manusia memiliki sifat ganda, yaitu memiliki tubuh fisik dan juga ruh, sedangkan tentang ruh manusia hanya mengetahui sedikit, yang mengetahui semua tentangnya hanya Allah.[44] Terlebih lagi Islam melihat dunia ini adalah fana, sementara, dan bahkan menipu, sedangkan akhirat nantilah kenyataan yang sesungguhnya.[45]

Perbedaan-perbedaan konsep manusia dan siapa manusia ini akan tentu berdampak luas pada pemahaman tentang hak-hak seperti apakah yang secara lahiriyah melekat pada manusia. Salah satu contohnya antara lain adalah tentang konsep merendahkan derajat manusia dan penyiksaan. Misalnya, baik hukum internasional maupun Islam sama-sama mengakui larangan menyiksa. Tapi keduanya berbeda pemahaman dalam memandang hukuman fisik.[46]

Di sini baru dijelaskan tiga saja contoh konsep mengenai manusia, padahal tentu saja masih banyak sekali.

Manakah konsep yang betul? Ataukah barangkali tidak ada yang betul? Jawaban dari pertanyaan ini akan membutuhkan perdebatan ontologis dan epistemologis yang luar biasa, yang tidak akan muat maupun relevan dalam tulisan ini. Bahkan, menurut Michael Freeman, pada tatanan filosofis ini sulit ditemukan argumen

---

43 ibid 62.

44 Lihat Al Qur'an Surah Al-Hijr (15) ayat 29, Al-Mu'minun (23) ayat 12-14, dan Al Isra (17) ayat 85, dan lebih dalam tentang konsep manusia dalam Islam: Al-Attas 139–143.

45 Lihat Surah Al-Hadid (57), ayat 20

46 Lihat misalnya dalam konteks spesifik hukum cambuk dalam Qanun Aceh: Fajri Matahati Muhammadin and others, 'Lashing in Qanun Aceh and the Prohibition Against Torture and Cruel Treatment in the Convention Against Torture', *Aceh Development International Conference 2017* (2017).

konklusif untuk memenangkan satu di atas yang lainnya malah yang jauh lebih relevan adalah politik di balik perdebatannya saja.[47]

Karena itulah kemudian dapat kita lihat bagaimana asumsi universalitas norma-norma Barat Eurosentris dapat lebih tersebar adalah karena dampak penjajahan di zaman dulu dalam membentuk satu hegemoni pemikiran dan bagaimana ternyata hal tersebut ter-pelihara hingga zaman telah berganti. Berikutnya akan kita amati bagaimana dampaknya dalam konteks hukum HAM internasional.

B. Pluralitas Hukum HAM Internasional: Kenyataan dan Keniscayaan

Pada kenyataannya memang kemudian tidak ada praktek HAM yang seragam, misalnya pada konvensi-konvensi internasional yang ternyata ditemukan pluralitas. Pertama, dapat kita lihat bahwa ternyata tidak semua negara telah meratifikasi konvensi internasional yang dianggap pokok. Misalnya Saudi Arabia dan Malaysia yang belum meratifikasi ICCPR maupun ICESCR, lalu Republik Rakyat Cina yang belum meratifikasi ICCPR.[48] Untuk CEDAW, Amerika Serikat berposisi serupa dengan Sudan karena sama-sama tidak meratifikasi.[49]

Kemudian, antara negara-negara yang meratifikasinya pun, banyak terjadi pengecualian dari sebagian pasal pada sebuah konvensi yang disebut *reservasi*. Walaupun secara prinsipil tampak

---

47 Michael Freeman, 'The Problem of Secularism in Human Rights Theory' (2004) 26 Human Rights Quarterly 375.

48 Lihat 'International Covenant on Civil and Political Rights' (*United Nations Treaty Collection*, 2017) <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en> accessed 21 August 2017.dan 'International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' (*United Nations Treaty Collection*, 2017) <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en> accessed 21 August 2017.

49 'Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women' (*United Nations Treaty Collection*, 2017) <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en>accessed 21 August 2017.

banyak norma umum yang disepakati oleh semua, ternyata banyak detail pemahaman norma-norma umum ini yang berbeda-beda sehingga ada lumayan banyak *reservasi*. Antara lain contoh reservasi ini adalah pada CEDAW pada Pasal 16 yang membahas tentang hak dan kewajiban antara laki-laki dan perempuan dalam hukum keluarga. Perlu dicatat bahwa sangat menarik bagaimana mukadimah dan pasal-pasal awal CEDAW menyebut *equal rights* (kesetaraan hak) sedangkan pada Pasal 16 menyebut *same rights* (kesamaan hak).

Apakah setara harus selalu sama? Di mana batasannya? Perdebatannya bisa sangat panjang.Akan tetapi, kita ketahui bahwa lebih dari dua puluh negara melakukan *reservasi* pada Pasal 16 baik sebagian maupun seluruhnya.[50]

Selain itu, mulai muncul mekanisme-mekanisme HAM regional yang menyesuaikan dengan konteksnya masing-masing. Kesemuanya secara normatif –baik implisit atau eksplisit— mengakui adanya universalitas dalam HAM, tapi juga perbedaan-perbedaan konteks dari latar belakang budaya dan identitas nasional.[51]

Antara lain perbedaannya adalah bagaimana di Uni Eropa ada larangan mutlak hukuman mati pada Pasal 2 (2) ECFR, sedangkan di instrumen regional yang lain tidak. Khas juga di Uni-Afrika yang mengakui bukan hanya hak-hak asasi manusia secara personal melainkan secara *Peoples* atau bangsa (atau suku) pada nama konvensinya, mukadimahnya, dan juga pada pasal-pasalnya. Liga Arab juga memiliki ciri khas yaitu mencantumkan Syariah–beserta pengakuan pada agama lain—pada mukadimahnya, serta merujuk juga pada Cairo Declaration of Human Rights in Islam (CDHRI) yang juga menambah kekayaan khazanah instrumen hukum HAM internasional, dan lain sebagainya.

---

50 ibid.

51 Bandingkan mukadimah European Charter of the Fundamental Rights of the European Union (ECFR), Asean Human Rights Declaration (AHRD), Arab Charter on Human Rights (ACHR), African Charter on Human and Peoples Rights (ACHPR), dan American Convention on Human Rights (AmCHR).

C. Perbatasan Pluralitas dan Universalitas: Pemaksaan Pendapat?
Keanekaragaman instrumen HAM dalam hukum internasional menunjuk pada pengakuan norma-norma yang dianggap universal, tapi juga mengakui adanya pluralitas pada penerapan atau detailnya. Dengan demikian, yang menjadi bahan perdebatan adalah di mana batas antara pluralitas dan universalitas.

Salah satu argumen yang cukup terkenal adalah bahwa boleh saja terjadi pluralitas dalam HAM, asalkan tidak bertentangan dengan instrumen HAM internasional. Salah satu yang membawakan ini adalah Helen Quane.[52] Jika kita memahami instrumen HAM internasional (UDHR, ICCPR, dan semua yang non-regional) sebagai semacam payung besar dengan nilai tertinggi, sedangkan mekanisme-mekanisme regional merupakan semacam pengejawantahan dari pokok payung besar tersebut, barangkali ini masuk akal sekali.

Hanya saja, ternyata ada sedikit masalah dalam pandangan ini. Misalnya, khusus pada argumen Quane, ia bahkan sampai berargumen bahwa agama harus ditafsirkan dengan cara yang sesuai dengan instrumen HAM internasional.[53] Selain bahwa tidak semua agama dapat dengan seenaknya direvisi sendiri,[54] argumen ini menempatkan agama (nota bene diwahyukan Tuhan) di bawah aturan yang disepakati negara-negara. Ini agak sulit masuk di akal, kecuali bagi mereka yang tidak mempercayai Tuhan tapi mempercayai bolehnya memaksakan ideologinya pada mereka yang mempercayai Tuhan.

Perdebatan ini pun menjadi semakin aneh ketika dibawa pada tatanan hukum internasional. Khususnya soal agama ini, ada sebagian negara – hampir semuanya merupakan negara Eropa— yang cenderung protes terhadap reservasi yang dilakukan atas

---

52 Helen Quane, 'Legal Pluralism and International Human Rights Law: Inherently Incompatible, Mutually Reinforcing or Something in Between?' (2013) 33 Oxford Journal of Legal Studies 675.

53 ibid 698–699.

54 Misalnya bagaimana metode hermeneutika dapat diterapkan pada ajaran Kristiani tapi tidak pada ajaran Islam, lihat: Adian Husaini and Abdurrahman Al-Baghdadi, *Hermeneutika & Tafsir Al-Qur'an* (Gema Insani Press 2007). Lihat juga Al-Attas 1–50.

nama Islam terhadap konvensi-konvensi HAM.[55] Jika dikaji konten dari protes negara-negara Eropa ini,[56] kesemuanya mengatakan bahwa reservasi-reservasi berdasarkan Syariah ini adalah bertentangan dengan maksud dan tujuan konvensi.

Perlu dilihat bahwa memang ada batasan reservasi dalam hukum internasional. Ia hanya boleh dilakukan jika: tidak secara khusus dilarang secara total atau parsial atau jika tidak ada ketentuannya maka reservasi adalah boleh sepanjang tidak bertentangan dengan maksud dan tujuan dari konvensi.[57]

Perlu diamati bahwa ketika konvensi-konvensi tersebut bertujuan untuk menyusun norma HAM universal, sedangkan ada reservasi oleh sebagian negara karena memiliki nilai yang berbeda tentang HAM, tetapi sebagian negara lain memprotesnya,[58] maka setidaknya ada dua konsekuensi. Konsekuensi pertama, yang sangat penting, adalah bahwa negara yang memprotes –baik secara langsung maupun tidak langsung—memaksakan idealnya sendiri tentang konsep manusia kepada negara lain yang memiliki konsep berbeda.

Padahal, konsekuensi kedua adalah bahwa adanya perdebatan seperti ini[59] merupakan bukti bahwa tidak ada universalitas. Dengan demikian, bukan hanya dari perspektif perjanjian internasional tapi juga kebiasaan internasional juga tidak terbukti universalitasnya –mengingat ia mensyaratkan keseragaman praktik. Lantas dari mana datangnya klaim bahwa konsep manusia sebagian negara adalah lebih utama daripada konsep negara lainnya? Apakah ini merupakan semacam 'paham kebesaran' yang dimiliki oleh Barat ketika melihat kultur yang berbeda, sebagaimana respon De Vitoria terhadap interaksinya dengan Suku Indian dulu?

---

55 Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, vol 66 (Martinus Nijhoff Publishers 2001) 268.

56 Lihat kembali catatan UNTC terhadap status ICCPR, ICESCR, dan CEDAW, misalnya, di sana dapat dilihat reservasi-reservasi dan protes-protes terhadapnya

57 Pasal 19, Vienna Convention on the Law of Treaties Between States (1969)

58 Misalnya protes terhadap reservasi Pasal 16 CEDAW yang telah dijelaskan tadi

59 Belum lagi menghitung negara-negara yang bahkan tidak meratifikasi.

D. Institusionalisasi Pemaksaan Universalitas: Peran Organisasi Internasional

Ternyata, pemaksaan nilai dengan model serupa muncul juga dalam kerja beberapa Organisasi Internasional HAM. Yang paling nampak adalah PBB, di mana beraneka kasus secara umum maupun spesifik kasus di mana badan-badan turunan PBB seakan mengesampingkan adanya pluralitas.Salah satu contohnya adalah ketika ASEAN memunculkan AHRD, di samping apresiasi muncul juga kritik dariOHCHR[60] yang menuntut ASEAN untuk,

> "… *reaffirm in their Declaration the duty of States to promote and protect all human rights and fundamental freedoms regardless of their particular political, economic and cultural systems.*"[61]

Menarik bagaimana OHCHR menuntut perlindungan HAM dengan cara yang mengesampingkan sistem politik, ekonomi, dan budaya. Padahal justru hal-hal ini adalah sentral dalam pembentukan konsep tentang hakekat manusia yang berbeda dari masyarakat atau regional lainnya.

Contoh yang lebih spesifik adalah pada perdebatan Pasal 16 CEDAW. Telah dijelaskan sebelumnya bahwa secara konkrit tidak ada keseragaman pada apakah hak laki-laki dan perempuan harus sama (bukan hanya setara) dalam konteks hukum keluarga. Akan tetapi, Komite CEDAW –sebuah komite yang dibentuk berdasarkan CEDAW itu sendiri—mengeluarkan sebuah laporan yang me-nyatakan antara lain bahwa reservasi terhadap Pasal 16 CEDAW adalah bertentangan dengan maksud dan tujuan CEDAW dan menginginkan negara-negara tersebut untuk mencabut reservasinya.[62] Apa landasan dari klaim Komite CEDAW ini?

Barangkali penting disebut bagaimana Indonesia mendapatkan 'catatan merah' pada laporan CEDAW, karena hukum keluarga

---

60 Sebuah badan di bawah Sekretaris Jenderal PBB.

61 Dengan tambahan penekanan: United Nations News Center, 'UN Experts Raise Concerns over "landmark" Southeast Asian Human Rights Declaration' (2012) <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=43520#.WUjmB-2GPIU>.

62' Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Eighteenth and Nineteenth Sessions)' para 48.

Indonesia sangat tidak sesuai dengan Pasal 16 CEDAW.[63] Ketika hukum keluarga Indonesia (baik yang bersumber dari hukum Islam, Adat, dan lain sebagainya) sangat sarat dengan konsep kesetaraan dan bukan kesamaan hak antara laki-laki dan perempuan, barangkali butuh penelitian khusus untuk menelaah mengapa Indonesia tidak melakukan reservasi terhadap Pasal 16 CEDAW –tapi tidak juga melakukan reformasi hukum keluarga.

Kasus lain yang terkait Indonesia adalah kasus penistaan agama mantan gubernur DKI Jakarta Basuki Tjahja Purnama. Ketika Pengadilan menjatuhkan vonis bersalah pada Basuki, OHCHR mengeluarkan pernyataan bahwa menghukum penista agama adalah bertentangan dengan HAM khususnya kebebasan berekspresi.[64] Indonesia memiliki konsep sendiri tentang hubungan antar manusia terkait dengan hubungan manusia dengan Tuhannya.[65] Tentunya sebuah pola pikir HAM yang sekuler dan mendesakralisasi agama dan simbol-simbolnya akan sulit memahami isu ini dari konteks Indonesia, yang menempatkan 'Ketuhanan Yang Maha Esa' sebagai Sila Pertama pada ideologi negara yaitu Pancasila.

Menarik ditambahkan bahwa Indonesia bukanlah satu-satunya negara yang melarang penistaan agama. Walaupun bukan mayoritas, tapi juga ada: Brazil, Israel, Cyprus, dan Filipina,[66] dan berbagai negara lainnya.

Uni Eropa juga berpola serupa, dan khususnya mereka inilah yang merupakan sumber dari pola pikir Eurosentris. Dalam konteks Indonesia, secara kelembagaan mereka turut membuat statemen yang menyatakan keberatan atas vonis terhadap Basuki

---

63 ibid 284, 307–308.

64 OHCHR, 'Blasphemy Law Has No Place in a Tolerant Nation like Indonesia – UN Rights Experts' *Office of the High Commissioner of Human Rights* (Geneva, 22May 2017) <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21646&LangID=E>.Ini konsisten dengan General Comments No. 34 (CCPR/C/GC/34), Para 48, yang dikeluarkan oleh Human Rights Committee pada tahun 2011.

65‘ Mahkamah Konstitusi, Putusan No. 84/PUU-X/2012' (2012) para 3.12-3.13.

66 Pasal 208 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Brazil, Pasal 173 KUHP Israel, Pasal 141-142 KUHP Cyprus, dan Pasal 133 KUHP Filipina.

dan mengatakan bahwa larangan penistaan agama adalah melanggar HAM.[67]

Dalam konteks yang lebih umum, tadi sudah dijelaskan bagaimana negara-negara anggota Uni Eropa inilah yang ramai menolak reservasi terhadap konvensi-konvensi HAM. Uni Eropa memang menjadikan HAM sebagai sebuah program eksternal resmi, di mana mereka ingin 'mengajak' negara-negara lain untuk mematuhi HAM (versi Eropa, tentunya). Misalnya, mereka menjadikan penghapusan universal hukuman mati, atau setidaknya moratorium, karena dianggapnya hak hidup adalah begitu universal, alamiah, dan tidak boleh dikurangi bahkan oleh hukum.[68]

Hal ini harus dilihat bersama-sama dengan program Uni Eropa yang lain. Mereka yang menjadikan HAM sebagai salah satu pertimbangan evaluasi pada negara tujuan investasi, bahkan mempertimbangkan untuk menambahkan klausula untuk membolehkan 'tindakan yang dianggap perlu' jika ada pelanggaran HAM pada negara tujuan investasi.[69] Perlu dicatat bahwa *World Bank* juga memiliki kebijakan serupa dengan mensyaratkan HAM sebagai elemen '*good governance',* tapi juga kemudian merasa perlu untuk menuntut 'perbaikan' sistem penjalanan pemerintahan pada negara penerima dana.[70]

---

67 'EU Local Statement on Freedom of Religion or Belief and Freedom of Expression' *The European Union Delegation to Indonesia and Brunei Darussalam* (Jakarta, 9 May 2017) <https://eeas.europa.eu/delegations/indonesia_en/25799/EU Local statement on freedom of religion or belief and freedom of expression (Jakarta, 9 May 2017)>.

68 'EU Guidelines on the Death Penalty: Revised and Updated Version' (2013) 4 <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/10015.en08.pdf>.

69 Lorand Bartels, 'The European Parliament's Role in Relation to Human Rights in Trade and Investment Agreements' (2014) <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/86031/Study.pdf>.

70 yang bisa jadi termasuk hal-hal terkait HAM. Misalnya bahkan termasuk mengutak-atik hukum terkait kebebasan pers di negara tersebut. Lihat: Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* 261–262. Lihat juga: 'Free Press, Pluralism and Democracy: Media Challenges in Latin America' *The World Bank* (3 May 2013) <http://www.worldbank.org/en/news/feature/2013/05/03/prensa-libre-pluralismo-democracia-desafios-america-latina>.

Penutup

Pemikiran kritis dalam hukum internasional memang dianggap '*dissenting opinion*'[71] terhadap pemikiran *mainstream* –yang, oleh pemikir post-kolonial '*mainstream'* ini tentunya pemikiran Barat-Eurosentris.[72] Pemikiran kritis sering disalahpahami, dianggap ekstrimis, atau bahkan dianggap 'beraliran kiri'.[73]

Memang betul, universalitas pada keumuman prinsip-prinsip dalam HAM tentu ada.Akan tetapi, telah dijelaskan bagaimana ternyata dalam pemahaman dan penerapan prinsip-prinsip tersebut ada pluralitas.Khususnya dalam hukum internasional, pluralitas ini memiliki landasan. Atau, setidaknya, akan sulit membuktikan universalitas sampai pada tatanan penerapan dan pemahaman tersebut.

Akan tetapi, dalam banyak hal ternyata klaim universalitas dan 'alamiah' HAM oleh sebagian kalangan adalah klaim sepihak saja, dan menyangkal kenyataan pluralitas yang ada. Klaim ini sudah berlandaskan asumsi bahwa pandangannya lah yang universal dan baik, sedangkan yang lainnya adalah terbelakang. Klaim tersebut tidak didukung oleh kenyataan hukum yang ada, melainkan oleh kekuatan politis saja. Dengan dasar inilah, kalangan ini –yang ternyata dominan berisikan pengaruh Eropa—menuntut semua pendapat yang berbeda untuk mengikut padanya.

Inilah yang menyebabkan Anghie menyimpulkan bahwa pola pikir penjajahan bukan hanya diwariskan tapi juga direpetisi di zaman ini.[74] Era penjajahan juga diwarnai oleh bangsa Eropa yang mengklaim universalitas norma secara sepihak, menganggap terbelakang pandangan dan kultur lain, maka haruslah 'diberadabkan'.

Pola pikir ini tidak dapat diterima. Pembukaan UUD 1945 pada paragraph pertama menyatakan"…*maka penjajahan diatas dunia harus dihapuskan*…", dan ini harus dipahami dengan komprehensif

---

71 Pendapat berbeda yang minoritas
72 Singh and Mayer 4; Daud 7–8.
73 Singh and Mayer 4.
74 Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* 268.

untuk mencakup segala warisan penjajahan termasuk pemikirannya.

Penting untuk para pembelajar, peneliti, dan pembuat kebijakan, lebih menelaah perspektif ini dalam menggodok karya-karya ilmiyah atau kebijakan terkait HAM baik secara umum maupun khusus.Ini adalah supaya pemikiran Barat-Eurosentris yang ternyata telah ter-*mainstream*-kan ini dapat ditandingi dengan pemikiran yang lebih kaya dan luas, demi objektivitas ilmu pengetahuan dan arah kebijakan yang lebih sesuai dengan ideologi bangsa serta kenyataan dunia.

Menelaah Konsep Universalisme-Selektif dalam Diskursus HAM Universalisme dan Relativisme Budaya

Mirza Satria Buana

Pendahuluan

Perdebatan antara universalisme dan relativisme budaya dalam khasanah kajian HAM adalah perdebatan paradigmatik-filosofis, karena hal tersebut menjadi pondasi atas kebijakan politik hukum pemerintah dalam memenuhi kewajiban-kewajiban negara dalam menjaga HAM warga negaranya. Dengan kata lain, perdebatan ini merupakan kunci yang dapat menentukan orientasi suatu negara. Oleh sebagian kalangan pemerhati isu HAM Internasional, perdebatan tersebut dianggap telah mencapai kompromi dalam *Bangkok Declaration* pada tahun 1993 silam.[1] Namun tulisan ini berpendapat bahwa perdebatan tersebut masih relevan terutama dalam konteks kekinian dimana politik global telah dan masih terpapar gejala *post-truth* (pasca kebenaran) yang ditandai dengan semakin tipisnya sekat antara fakta dengan fiksi, kejujuran dengan kebohongan; dimana sesuatu dicitrakan seolah-olah benar, meskipun sebenarnya tidak benar sama sekali (*truthiness*).[2] Hal tersebut bermuara pada semakin kuatnya sentimen populisme yang

---

1 M Jacobsen and O Brun (eds), *Human Rights and Asian Values. Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia* (Curzon Press, Richmond, Surrey, 2000). *"[C]onfrontation and the imposition of incompatible values' are to be avoided. Though 'universal in nature', human rights must, as the substance of the declaration went on to say, be considered in the context of a dynamic and evolving process of international norm-setting, bearing in mind the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds."*

2 R Keyes, *The Post-Truth Era: Dishonest and Deception in Contemporary Life* (St Martin's Press, 2004).

membelah masyarakat menjadi: kami dan kalian (liyan), dimana mayoritas (baik berdasarkan suku, ras dan agama) merasa terancam oleh eksistensi minoritas.[3]

Tulisan ini akan kembali menelaah (*revisiting*) perdebatan paradigmatik-filosofis diatas terutama dalam konteks negara berkembang dan mayoritas Islam. Konteks negara berkembang mayoritas Islam dipilih karena posisi strategis Islam sebagai agama kedua terbesar dan diklaim sebagai agama yang paling pesat persemaiannya di dunia.[4] Selain itu posisi geo-politik negara-negara berkembang, terutama di Asia dan Indonesia pada khususnya teramat penting untuk diabaikan, sebagai penyeimbang politik dalam konstelasi politik global kontemporer. Selain itu, di negara-negara Asia penetrasi budaya partikular, kerap disebut sebagai *Asian values* masih sangat tinggi yang acap kali memberi warna dalam peta implementasi nilai-nilai HAM di regional tersebut.[5]

Berkaca pada konteks diatas, tulisan ini akan mendiskusikan: (1) Bagaimana dinamika dan dialektika ajaran Islam dan konsep *Asian values* dalam bingkai penegakan HAM dikawasan Asia pada umumnya dan Indonesia pada khususnya? Dan, (2) apa kebijakan yang dapat diambil oleh pemerintah dalam melakukan harmonisasi nilai-nilai universalisme dengan relativisme budaya, dan *vice versa*? Guna menjawab pertanyaan-pertanyaan diatas, tulisan ini dikonstruksi dalam beberapa bagian: Pertama, elaborasi terhadap konteks yang mengakar dalam relung jiwa masyarakat yaitu: pembahasan dan analisa terhadap nilai-nilai Islam, respon Islam terhadap modernisasi, dan *vice versa*, dan mancandra akar filosofis dari HAM Islam dan konsep *Asian values*; kedua, elaborasi dan analisa terhadap nilai-nilai normatif-universal yang terkesan menjulang dalam dokumen-dokumen hukum HAM Internasional; dan, ketiga analisa kritis terhadap titik persinggungan antara nilai

---

3 M S Buana, Pancasila, 'Multikulturalisme dan Tantangan Inklusi Sosial' dalam Al-Khanif, M S Buana dan M K Wardaya (eds), Pancasila dalam Pusaran Globalisasi (LKIS, 2017), 217.

4 <http://www.telegraph.co.uk/news/2017/03/01/islam-will-largest-religion-world-2070-says-report/>.

5 A Sharom, H R Purnama, et. El (eds), *Human Rights in Southeast Asia* (1st Volume, SEAHRN, 2017).

Islam, *Asian values* dengan nilai-nilai normatif-universal HAM Internasional.

Membaca (Kembali) Konteks: Islam dan *Asian Values*

Nilai-nilai Islam, kebudayaan dan kearifan lokal dan hukum-hukum yang hidup dimasyarakat (*living laws*) yang partikularis kerap menjadi titik singgung yang diposisikan *vis-à-vis* dengan nilai HAM Internasional yang bersifat normatif-universal. Pembahasan tentang nilai-nilai Islam dan pengalaman negara-negara Islam dalam dinamika HAM akan lebih difokuskan pada kedekatannya dengan wacana relativisme budaya, dan posisi *vis-à-vis* nya dengan universalisme.

1. Relasi Islam dan HAM: Mencari Islam Sejati

Dalam dialektika pemikiran HAM dalam Islam, tulisan ini meminjam dikotomi pemikiran Islam yang dibuat oleh Reza Afshari yang membagi pemikiran Islam dalam 2 (dua) paradigma besar tentang HAM dalam Islam, yaitu: tradisionalis lama (*oldtraditionalist*) dan tradisionalis baru (*new traditionalist*).[6]

a. Tradisionalis Lama

Dalam konteks negara-negara fundamentalis-otoritarian, paradigma yang paling menonjol adalah yang pertama. Pemikiran ini menyokong tindakan diskriminatif dan represif yang menjurus pada praktek-praktek persekusi terhadap golongan minoritas.[7] Tradisionalis lama menawarkan sebuah klaim bahwa ajaran Islam yang mereka anut adalah alternatif yang paling otentik. Sehingga umat Muslim harus menerimanya secara penuh dan mengabaikan instrumen-instrumen hukum HAM Internasional. Esposito memberikan kesan terhadap golongan ini sebagai berikut: "*Islam is a closed cultural system fully articulated in the past, preserved in medieval*

---

6 Reza Afshari, An Essay on Islamic Cultural Relativism in the Discourse of Human Rights, *Human Right Quarterly* (1994) 16 266.

7 Sigit Riyanto, Persekusi (Kompas, 7 Juni 2017).

Islamic texts and valid for all ages."[8] Dengan kata lain, aliran ini menganggap Islam sebagai sistem kultural yang tertutup dimana teks-teks Islam tetap abadi dari masa ke masa. Aliran ini menutup pintu terhadap ikhtiar 'penyegaran' atau kontekstualisasi terhadap nilai-nilai Islam di masyarakat modern.

Aliran ini juga menentang hak-hak individual yang gencar di promosikan oleh lembaga donor Barat. Mereka berargumen bahwa otoritas publik masyarakat Muslim haruslah diatur oleh norma-norma relijius semata, yang bertujuan untuk mendirikan masyarakat yang alim, berkeadilan dan penuh ketaatan. Lewat pemahaman 'holistik' ini, mereka menolak paham liberal-Barat tentang pemisahan antara pemerintah dengan kekuatan masyarakat madani.[9] Argumen ini senafas dengan teori negara integralistik oleh Soepomo yang diadopsi dari pemikiran Spinoza, dimana ada penyatuan antara pemimpin dengan yang dipimpin (rakyat).[10] Pemikiran yang terkesan sangat ideal, namun dalam tataran implementatif membawa beban politik yang besar, salah satunya karena: menegasikan prinsip keseimbangan dan saling kontrol antara pemangku kebijakan pemerintah dalam arti luas (eksekutif – legislatif).

Penolakan terhadap nilai universal dari HAM Internasional juga bersandar pada asumsi bahwa penggalian nilai-nilai universal tersebut hanya terbatas pada ikhtiar elementer individualis-keduniawian yang miskin sentuhan spiritualitas illahiah yang mengakar. Dengan kata lain, HAM Internasional semata bersifat antroposentris.[11] Berkebalikan dengan HAM Internasional, kalangan Islam tradisionalis lama menekankan pada otoritas penuh negara dan subordinasi warga negara terhadap negara yang ber-Ketuhanan (*hakimiyya*). Dengan adanya otoritas yang berdasar pada

---

8 J L Esposito, The Islamic Threat: Myth or Reality? (New York and Oxford: Oxford University Press, 1992), 18.

9 B Tibi, The European Tradition of Human Rights and the Culture of Islam, in Human Rights in Africa, Cross-Cultural Perspective, (University of Pennsylvania, 1992) 116.

10 Soepomo, Bab-Bab tentang Hukum Adat, (Penerbit Universitas, 1962).

11 A E Mayer, Islam and Human Rights: Tradition and Politics (Boulder, CO: Westview Press, 1991) 61.

nilai-nilai ke-Illahian tersebut, negara diharapkan mampu 'menjinakkan' modernitas dengan penetrasi nilai-nilai Islam (*to Islamise modernity*).[12] Dikarenakan orientasi negara yang cenderung represif-konservatif inilah, ilmuwan Barat kerap menanggapi praktek negara-negara Islam tradisionalis lama, sebagai: anti-kemanusiaan, anti-rasionalitas dan anti-individualistik.[13] Hal ini berhulu pada paradigma tradisionalis lama yang cenderung ketat dalam mengola-borasi *fiqh* (pemikiran rasional) Islam. Klaim diatas tentu masih dapat diperdebatkan dan difalsifikasi.

Menurut Mayer, setidaknya ada 4 (empat) praktek negara-negara Islam tradisionalis lama yang terang benderang bertentangan dengan nilai-nilai HAM Internasional: (1) relasi wanita yang masih dianggap inferior (baca: pelengkap) dan obyek semata dalam relasi privat maupun publik; (2) status inferior dari minoritas non-Muslim (*dhimmis*); (3) hukuman terhadap orang murtad (pindah agama); dan (4) pelaksanaan hukum fisik (*hudud*).[14]

b. Tradisionalis Baru

Lain halnya dengan kelompok kedua: tradisionalis baru. Dalam dialektika pemikirannya, kelompok ini kerap secara bebas (namun tetap berpedoman pada Al-Quran dan hadist) mengelaborasi ranah *fiqh* Islam. Cakupan *fiqh* tidak semata pada lingkup *'Ibadah* namun juga memasuki ranah *Mu'amalah* baik keperdataan (*bay'* dan *syirkah*) maupun publik-ketatanegaraan (*al-Ahkam al-Sulthaniyyah*). Kelompok ini cenderung menolak formalisasi 'syariah' dalam bidang hukum kenegaraan, karena Al-Qur'an sendiri lebih menekankan pada prinsip-prinsip etika ketimbang hukum.[15] Dari 6666 ayat dari 114 surah hanya sekitar 3 % berkaitan dengan masalah hukum, dan sebagai kesatuan yang utuh; aspek hukumnya tidak dapat dipisahkan dari ajaran moral dan etik yang berperan

---

12 Y Haddad, Islamist and the Problem of Israel: The 1967 Awekening, *The Middle East Journal* (1992): 272 -173.

13 Ibid, 58.

14 Ibid, 95.

15 A N Fuad, Shari'ah and Human Rights, (Materi Pengajaran untuk Master Level Course UMM, 2017), 3.

sebagai prinsip umum dalam hukum Islam (*an over-arching principle in Islam*).[16]

Kelompok ini memakai perspektif yang lebih obyektif, dimana tidak dapat dinafikan bahwa doktrin agama (terutama Islam) dapat disalah artikan sebagai penggerak ekstrimisme dan terorisme global, dengan kata lain mereka mengakui bahwa memang ada masalah internal dalam dunia Islam. Namun Islam juga berpeluang signifikan untuk menciptakan perdamaian lewat pemenuhan dan penghormatan nilai-nilai HAM.[17]

Nilai luhur Islam yang dapat menjadi pengikat universal dengan HAM salah satunya adalah konsep *karama* yang dapat dipadankan dengan konsep HAM Internasional, *dignity*.[18] *Kamara* menunjukkan bahwa Islam menempatkan martabat manusia sebagai sesuatu yang sudah ada setelah manusia itu lahir dan tidak bisa diganggu gugat oleh pihak manapun termasuk otoritas negara sekali pun. Selain menghargai 'martabat asasi manusia', Islam juga mengenal beberapa konsep krusial, semisal: konsep kebebasan terbatas,[19] konsep keadilan,[20] pengampunan,[21] dan kasih sayang.[22] Beberapa konsep-konsep krusial diatas berkesesuaian dengan semangat *the Universal Declaration of Human Right*, yang mana dalam alinea pembukaannya menyatakan: *"The recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world."*

Secara lebih elaboratif, An-Naim memberi penegasan bahwa Islam tidaklah bertentangan dengan HAM Universal, dikarenakan nilai HAM melingkupi seluruh nilai-nilai agama, nasional dan budaya. Relasi pendamai dalam dinamika HAM dan Islam adalah

16 Ibid, 5.

17 B Scharffs, Why Religious Freedom? Why the Religiously Committed, the Religiously Indiffent and Those Hostile to Religion should care, (BYU Law Research Paper, 2016), 6.

18 Surah Al-Isra' 17:70.

19 Surah Al-Maidah 5; Surah Al-Baqarah 2:62; Surah Al-Kafirun 109:6 dan Surah Al-Kahfi 18: 29.

20 Surah Al-Mumtahana 60:8 dan Surah Al-Maidah 5:8.

21 Surah Ar-Rahman 55:1

22 Surah Al-Buruj 85: 14.

inter-relasi antara sekularalisme, agama dan negara, dimana ketiga-tiganya memiliki keterhubungan namun memiliki kemerdekaan (independensi) sendiri-sendiri.[23] Selain hubungan abstrak-normatif diatas, An-Naim juga memberi saran yang aplikatif dengan menyarankan penafsiran ulang terhadap ayat-ayat Al-Qur'an, baik yang bersifat definitif; meskipun dalam beberapa kasus perlu penjelasan dari hadist-hadist (*qath'i*) dan yang bersifat spekulatif-terbuka (*dhanni*), agar berkesesuaian dengan nilai-nilai universal.[24]

Dalam metodologi penafsiran, kelompok ini berpijak pada prinsip *maqashid al-syariah* yang memuat tujuan-tujuan normatif-esensial yang terkandung dalam Al-Qur'an dan hadist (*syari'ah*). Tujuan secara umum dari syariah adalah: mendidik individu (*tahdzib al-fard*); mewujudkan keadilan (*al-'adl*) dan mempertimbangkan kepentingan publik (*mashlahah 'ammah*). Dalam *mashlalah* yang paling esensial prinsip-prinsip HAM Islam (*al-Dharuriyyah al-Khams*), yang mencakup: menjaga agama (*hifdh al-din*);menjaga jiwa (*hifdh al-nafs*); menjaga akal (*hifdh al-'aql*); menjaga keturunan (*al-nasl*) dan menjaga harta (*hifdh al-mal*).[25] Lewat penafsiran terbuka diatas, An-Naim menyerukan gerakan modernisasi Islam (*to modernise Islam*).

Lewat elaborasi dalam ranah *fiqh* dengan menggunakan prinsip *maqashid al-syariah* ini, Islam dapat menjawab beberapa tantangan jaman yang dikemukakan oleh Mayer[26] diatas semisal dengan: memberi tafsir feminisme terhadap relasi laki-laki dan perempuan, istri dan suami dan relasi lain dengan perspektif yang lebih egalitarian dan kontekstual; penghormatan terhadap minoritas disuatu negara mayoritas Muslim; kebebasan beragama dan pindah agama dan mengurangi hukuman fisik (*hudud*) yang terkesan barbarik dalam konteks masyarakat modern.

---

23 A A An-Naim, The Interdependence of Religion, Secularism, and Human Rights: Prospects for Islamic Societies, dalam Baderin MA (ed) Islam and Human Rights: Collected Essays in Law (Farnham and Burlington, Ashgate, 2010: 351-355).

24 A A An-Naim, Religious Minorities under Islamic Law and the Limit of Cultural Relativism, *Human Rights Quarterly* 9 (Feb. 1987) 18.

25 Ibid.

26 Ibid.

Namun tulisan ini menilai baik kelompok tradisionalis lama dan tradisionalis baru masih terjebak dalam paradigma hitam – putih yang cenderung saling menegasikan (*zero sum game*). Pertanyaan ikonik yang kerap dipaparkan adalah "apakah HAM Universal senafas dengan ajaran Islam dan sebaliknya?" Jawaban yang dipaparkan oleh kedua kelompok pun sangat jelas. Tradisionalis lama menolak mentah-mentah paham HAM Internasional, sementara tradisional baru cenderung memaksakan kesamaan nilai-nilai Islam yang merupakan konsep klasik dengan konsep HAM Universal yang modern. Menurut Mun'im Sirry, kedua posisi diatas sama tidak adilnya.[27] Keduanya gagal mencandra keunikan dan konteks *socio-politics* dari Islam dan HAM Universal itu sendiri. Sehingga pertanyaan yang 'adil' untuk ditanyakan sebenarnya adalah: "dalam kondisi (konteks) bagaimana, nilai-nilai Islam senafas dengan HAM Universal dan sebaliknya?"

Guna lebih mendapatkan pemahaman yang lebih holistik-komprehensif, pertanyaan kontektual diatas perlu dipahami dalam derajat yang lebih luas, yaitu dalam konteks negara-negara Asia pasca-kolonial di mana Islam termasuk entitas krusial di dalamnya.

Menilai (Ulang) *Asian Values*

Asian values atau yang dapat diartikan sebagai nilai-nilai partikularis dari masyarakat Asia lahir sebagai tanggapan kritis terhadap modernisasi ala Barat. Paradigma ini lahir dari sebuah asumsi bahwa; masyarakat Barat yang lebih mapan secara ekonomi, sosial dan budaya mencoba untuk memaksakan nilai-nilai liberal mereka kepada masyarakat Timur (Asia) lewat proyek-proyek HAM, demokrasi dan kebijakan transplantasi dan kodifikasi hukum. Proyek-proyek tersebut dapat mengikis perlahan nilai-nilai kearifan lokal Asia.[28] Asumsi diatas setidaknya lahir dari beberapa premis;

---

27 Diskusi dengan Mun'im Sirry (Malang, 25 Juli 2017).

28 M D Barr, Lee Kuan Yew and the 'Asian Values' Debate, *Asian Studies Review* 24 (3) 2000, 309-34, 311.
" … that many of the hegemonic political, social and cultural norms of the late twentieth century are western, rather than universal, norms and no more legitimate than alternative norms that could be considered "Asian".

pertama, secara psikologis-masa, sisa trauma pasca-kolonial masih berbekas disanubari masyarakat Timur (Asia), sehingga pengaruh apapun dari Barat cenderung mendapatkan resistensi; kedua, secara historis-kultural, jauh sebelum penetrasi Barat masuk ke negara-negara Asia, kearifan lokal yang mengakar lewat agama, kepercayaan dan hukum adat/kebiasaan sudah lama dianut dan ditaati oleh masyarakat Asia.

Lee Kuan Yew, tokoh pembaharu negara-kota Singapura termasuk salah satu penentang ide Universalisme dan pengokong ide *Asian values*, beliau menyatakan bahwa nilai-nilai yang di bawa oleh institusi donor Barat tidak lah bersifat 'universal' namun lebih kepada nilai-nilai Barat yang liberal.[29] Secara filsafati, ide *Asian values* dekat dengan nilai-nilai Konghucu (*Confucianism*) yang menekankan pada relasi hierarkis yang berbentuk segitiga dimana ada saling ketergantungan disetiap aspek relasional, dan menekankan pada ketaatan dan loyalitas kepada pemimpin, keluarga dan pemimpin spiritual.

Dalam pandangan politik ketatanegaraan, model *Asian values* dekat dengan sistem militer dimana struktur kuasa berbentuk piramida (atas - bawah); pemimpin yang berani dan mumpuni (*top leader – philosopher king*) berdiri diatas puncak piramida, pegawai yang baik dan kalangan swasta-professional (*good executives and businessmen*) di lapis kedua, dan basis sosial-kemasyarakatan yang taat aturan (*highly civic-conscious broad mass*).[30] Ketiganya memiliki tugas dan peran sosial yang berbeda, untuk efektif relasi ini membutuhkan kualitas kepemimpinan di level atas (*qualities of leadership at the top*) dan kohesi atau disiplin sosial yang kuat di level bawah (*qualities of cohesion on the ground*).[31]

Dari skema kepemimpinan tersebut jelas terlihat bahwa dalam model *Asian values* Singapura ini, otoritas negara diletakkan pada titik sentral sebagai *the main administrator*, tujuan utama dari negara bukan untuk mendirikan pemerintahan yang representatif dan

---

29 Ibid, 312.

30 L K Yew, New bearings in our education system (Singapore: Ministry of Culture, 1966-67), 13.

31 Ibid, 9.

demokratis-partisipatoris, namun lebih pada memperkuat kedaulatan negara atas warga negaranya. Skema ini tentu sangat rawan terhadap pelanggaran dan penyalah gunaan kekuasaan, karena skema ini berorientasi pada negara kuat (*strong state oriented*) dengan kontrol masyarakat yang minimal. Para pendukung skema ini berargumen bahwa dengan kuatnya suatu negara, maka negara tersebut akan dapat hadir menjaga ketertiban masyarakat dan menegakkan hukum dan kedisiplinan masyarakat (*law and order*), walaupun akses negatifnya negara menjadi semi-otoritarian.

Asian values sebagai sebuah konsep bernegara juga telah lama dipraktekkan oleh Tiongkok bahkan dengan derajat yang lebih ekstrim. Negara-negara Asean lain juga banyak yang terpengaruh oleh *Asian values*, semisal Malaysia dibawah Mahathir Mohammad,[32] Kamboja[33] dan Laos.[34] Namun perlu juga dicatat bahwa banyak juga negara-negara Asia yang memilih mengabaikan *Asian values*, dan bahkan salah satu negara menjadi anomali bagi *Asian values*, negara yang sekarang menjadi wilayah otonom Tiongkok adalah Hong Kong. Berkebalikan dengan Tiongkok Daratan, Hong Kong cenderung lebih demokratis, egalitarian dan inklusif serta menerima konsep HAM Universal tanpa catatan kritis.[35] Dikarenakan begitu luasnya konteks budaya politik Asia dan banyaknya *variable-variable* yang mempengaruhi, baik tidaknya konsep dan skema kepemimpinan *Asian values* ini tentu tidak bisa dijawab secara teoritik, namun hanya bisa dijawab dengan pendekatan empiris yang kasuistis.

Resistensi negara-negara Asia terhadap konsep HAM Universal diatas perlu untuk diimbangi dengan argumentasi dari perspektif Universalis yang lahir dari 'rahim' hukum internasional.

---

32 M A Sani, Mahathir Mohammad as a Cultural Relativist: Mahatirism in Human Rights (Paper dipresentasikan di 17th Biennial Conference of the Asian Studies Association of Australia in Melbourne 1-3 July 2008).

33 G Sheridan, Asian Values Western Dream: Understanding the New Asia (Sydney: Allen & Unwin, 1999), 33.

34 Ibid, 45.

35 L J Diamond, Hong Kong, Singapore and "Asian Values", *Journal of Democracy* 8, 2 (1997), 117.

Dengan perimbangan perspektif ini diharapkan dapat dicapai suatu kesimpulan yang obyektif dan berimbang.

HAM Internasional: Titik Awal Universalisme

Sejatinya, selain bersifat universal, HAM Internasional juga menekankan beberapa prinsip-prinsip penting dalam penegakan HAM, semisal: *inherent* (melekat), *inalienable* (tidak dapat dicabut), *indivisible* (tidak dapat diwakilkan), *interrelated* (saling berhubungan), *equality* (mendorong persamaan hak), dan *non-discrimination* (non-diskriminasi). Namun prinsip yang terpenting dan yang melingkupi segala prinsip-prinsip diatas, adalah prinsip universalisme yang merupakan 'jantung' dari HAM Internasional.

Universal diartikan sebagai keluasan jangkauan (*reach*) dari HAM itu sendiri. Setiap individu memiliki HAM terlepas dari asal-usul, ras, suku, agama dan kepercayaannya. Karena sifat universal tersebut, HAM dianggap sebagai hak terpenting (*high priority right*), namun bukan berarti HAM bersifat absolut, karena HAM dapat dibatasi oleh negara dengan alasan-alasan yang logis dan darurat.[36] Pemahaman terkait sifat esensial dari HAM Internasional: Universalisme, harus dimulai dari pembacaan kritis-kontemplatif terhadap dokumen filosofis dari pendirian HAM Internasional itu sendiri yaitu: Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM).

Secara legal-formal, DUHAM dianggap 'universal' karena pada tanggal 10 Desember 1948, lewat mekanisme Rapat Umum PBB, negara-negara anggota PBB tidak menolak DUHAM dan kemudian PBB secara formal mengadopsi DUHAM sebagai 'kekuatan moral' penegakan HAM yang berlaku untuk semua negara (universal). Walau ada delapan negara yang *abstain*, namun hal tersebut tidaklah mengurangi legitimasi DUHAM.[37]

---

36 Tore Lindhorm, Philosophical and Theoretical Underpinning of Human Rights – With an Upbeat Prospect on Religion in Support of Human Rights, (Unpublished Paper, 2017) 2.

37 M A Glendon, A World Made New: Elleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights (Random House Trade, 2002), 34.

Sebagai kontra-argumen dari *Asian values* yang menganggap DUHAM sebagai alat hegemoni negara-negara pemenang Perang Dunia ke-II dan semata disusun oleh negara-negara Barat, kalangan universalis memaparkan fakta-fakta penyanggah sebagai berikut: Pertama, adalah benar bahwa DUHAM lahir dalam kontelasi politik global yang masih berwatak imperialis dan kolonialis. Namun perlu diingat bahwa, negara-negara pemenang Perang Dunia ke-II sejatinya kontra dengan ide untuk mengadopsi HAM Internasional dalam sistem internasional, dikarenakan negara-negara adidaya tersebut masih mempraktekkan kebijakan kolonial yang diskriminasi di negaranya masing-masing dan kepada negara-negara koloninya. Amerika Serikat saat itu masih menerapkan beberapa kebijakan diskriminatif rasial, Inggris dan beberapa negara-negara Eropa Barat masih memiliki banyak negara-negara koloni dan mempraktekkan segregasi budaya dan perbudakan, demikian juga halnya dengan Uni Soviet yang menentang keras hak-hak individu.[38] Jadi argumen yang menyatakan DUHAM sebagai kepanjangan tangan dari imperialis-kolonialis Barat adalah ahistoris, dikarenakan DUHAM jelas-jelas bertentangan dengan kepentingan-kepentingan imperialis-kolonialis tersebut.

Kedua, DUHAM sebagai produk historis juga tidak lepas dari konstelasi pra-Perang Dingin dimana tegangan antara kubu liberal *vis-à-vis* komunisme/sosialisme belum terlalu kuat, sehingga lewat momentum 'stabil' tersebut DUHAM lahir.[39] Teks DUHAM disusun oleh komite penyusun yang terdiri; P.C.Chang, seorang filsuf dari Tiongkok, Charles Malik, seorang diplomat dari Lebanon, Rene Cassin, ahli hukum Perancis dan Eleanor Roosevelt, istri mendiang Presiden Amerika Serikat.[40] Dari latar belakang anggota komite penyusun dapat dilihat bahwa perspektif Barat tidaklah mendominasi, karena komite penyusun juga berisi anggota dari Tiongkok dan Timur Tengah. Sekali lagi argumen

38 LIndhorm, *supra* note 36, 7.

39 Ibid.

40 Brett R. Scharffs, The Universal Declaration of Human Rights:A Basic Introduction to its History and Drafting (Unpublished Paper, 2017), 3.

yang menyatakan DUHAM sebagai kepanjangan tangan dari kepentingan Barat semata, terbantahkan secara historis.

Ketiga, DUHAM sejatinya berwatak anti-imperialis dan kolonialisme yang secara diametral berseberangan dengan kebijakan negara-negara pemenang Perang Dunia ke -II. Hal ini dibuktikan dengan pengakuan terhadap partisipasi demokrasi sebagai motor penggerak untuk memiliki pemerintahan sendiri ("*democratic participation as a vehicle of popular self-government*")[41] dan hak penentuan nasib sendiri bagi orang-orang di wilayah (koloni) tertentu ("*self-determination for people including population of territories*.")[42] Namun perlu juga dipahami bahwa teks DUHAM tidak bersifat idealis, tapi cenderung realis dengan mempertimbangkan suasana kebathinan pada saat itu.[43] Dalam memandang kolonialime, DUHAM memberi penegasan bahwa "*all peoples and all nations to progressive measure to secure … universal and effective recognition and observance [of human rights], both among the peoples of Member states themselves and among people of territories under their jurisdiction*." DUHAM menekankan pada '*progressive measure*' yang berarti penghormatan terhadap hak-hak negara koloni akan dilakukan secara progresif (bertahap).[44]

Aspek universalime HAM Internasional juga dapat dicermati pada pasal-pasal awal dalam DUHAM, semisal: "*all human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act toward one another in a spirit of brotherhood.*"[45] Pasal ini merupakan 'jantung' dari DUHAM, karena secara filosofis menjelaskan tujuan mulia dari DUHAM itu sendiri. Kata '*all*' bermakna bahwa DUHAM memilik daya ikat moral kepada semua orang, tanpa memandang suku, ras dan agama/kepercayaan orang tersebut; kata '*human being*' bermakna bahwa DUHAM sudah melampaui konsep domestik-nasional tentang hak warga negara (*citizenship rights*), dengan memberi penekanan bahwa setiap manusia (termasuk orang yang tidak memiliki kewarganegaraan,

41 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, Pasal 21.
42 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, Pasal 15 dan Pasal 21.
43 Scharffs, supra note 40, 6.
44 Lindhorm *supra* note 36, 8.
45 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, Pasal 1.

kelompok minoritas dan pengungsi atau pencari suaka) memiliki derajat hak yang sama; kata '*free*' dan '*equal*' merupakan tujuan mulia yang ingin dicapai oleh DUHAM, karena 'kebebasan' dan 'kesamaan' merupakan aspek manusiawi yang sudah melekat (*inherent*) dalam diri manusia. Konsep '*dignity*' atau kemartabatan manusia yang merupakan inti dari hak dan kebebasan itu sendiri. Konsep-konsep diatas, jelas merupakan konsep yang universal karena dianggap sebagai sebuah keniscayaan di semua lingkup masyarakat yang menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia.

Kontra-argumen lain yang dipaparkan dalam tulisan ini adalah bantahan terhadap klaim *Asian values* dan relativisme budaya bahwa HAM Internasional cenderung menafikan kewajiban sebagai prasyarat dari hak (kewajiban mendahului hak). Kritik tersebut memang bertujuan menyasar aspek *inherent* dalam HAM Internasional. Dalam persepktif Universalisme, hak asasi (terutama yang bersifat *non-derogable rights*) memang tidak memerlukan prakondisi, semisal hak hidup (*right to life*) tidaklah memerlukan suatu kewajiban sebelum mendapatkan hak hidup tersebut. Namun dalam konteks hak-hak yang bersifat *reciprocal* (timbal-balik) semisal dalam relasi perniagaan dan lingkup sosial-kemasyarakatan, kewajiban perlu dilakukan dulu sebelum menuntut hak.

Sejatinya, kewajiban dalam diksi HAM Internasional terpatri dalam kata: *conscience* yang bermakna filosofis sebagai kemampuan untuk berempati; suatu kesadaran untuk tidak melakukan sesuatu yang tidak kita sukai kepada orang lain. Menurut Scharffs,[46] dalam proses penulisan DUHAM oleh komite perancang, kata *conscience* merupakan adaptasi dari falsafat Timur (Tiongkok) yang dikenal dengan sebutan *Ren*, yang bermakna sebagai suatu ekspresi kesalihan sosial, untuk tahu diri dan pandai menempatkan diri dalam relasi sosial dan kemasyarakatan; sifat ini terejawantahkan dalam prilaku yang tidak mudah menuntut hak sendiri, dan tidak abai terhadap kewajiban diri sendiri dan hak orang lain. Esensi kata *conscience* diatas adalah sebuah kontruksi atas *pre-text* yang mendahului keberadaan *text* itu sendiri.

---

46 Ibid.

Selain kontra-argumen diatas, menarik juga untuk menyimak pandangan tokoh akademisi dan aktivis Barat terhadap resistensi universalisme di Asia, salah satunya adalah professor hukum internasional bernama Northrop. Alih-alih bereaksi keras terhadap penolakan Universalime, Northrop memiliki pandangan dan pendekatan yang lebih moderat-persuasif dengan menyatakan: "*without common norms between the nations and the cultures of the world there can be no effective international law*."[47] Hukum internasional sebagai instrumen HAM Internasional harus mampu memahami konteks domenstik-regional dari negara-negara non-Barat, karena dalam konteks domestik-regional tersebut telah memiliki pranata normatif internal (*normative inner ordering*) yang harus diperhatikan oleh badan-badan internasional.[48]

Northrop juga memberi catatan positif terhadap beberapa kearifan lokal Asia semisal Kong Hu Chu yang lebih menekankan pada pentingnya harmoni dan kohensi sosial dalam masyarakat, dengan cenderung menghindari proses litigasi dalam menyelesaikan masalah. Kearifan Timur ini memberi kontribusi signifikan dalam proses penyelesaian sengketa alternatif (*Alternative Dispute Resolution/ADR*) dan proses penyelesaian pelanggaran HAM Berat lewat proses keadilan transisi (*transtitional justice*) melalui Komisi Kebenaran yang memakai pendekat humanis dan non-yudisial. Namun, Northrop juga mengakui bahwa teori dan falsafah harmonis dari Kong Hu Chu tersebut juga kerap berbanding terbalik dengan paham dan praktek Komunisme Tiongkok kontemporer.[49]

Selain itu, Northrop juga menekankan bahwa ada persamaan fundamental antara nilai-nilai klasik Barat yang dipraktekkan oleh bangsa Yunani dan Romawi dengan nilai dan praktek *Asian values* kontemporer. Kesamaan filsafati adalah yang paling mencolok dari keduanya, dimana keduanya menekankan pada penggunaan penilaian moral sebelum melakukan penilaian dan menempatkan

47 F.S.C. Northrop, Naturalistic and Cultural Foundation for a more effective International Law, *Yale Law Review* (1950) 1431.

48 F.S.C. Northrop, The Taming of the Nation: A Study of the Cultural Bases of International Policy, (New York, 1952), 4-5.

49 Ibid 18.

penelitian empiris sebagai justifikasi akademik dalam mengambil kebijakan.[50] Lewat optik orientalis tersebut, Northrop menekankan pentingnya sarjana dan pemerhati HAM Internasional untuk menyelami konteks sosial-politik masyarakat Asia. Dengan kata lain, HAM Internasional haruslah tetap bersifat kontemporer-modern dan juga sekaligus tradisional.[51]

Kebijakan orientalis dalam ikhtiar membumikan nilai-nilai HAM Universal diatas tentu tidak dapat menafikan konteks (*setting*) dimana hukum HAM Internasional tersebut akan bekerja. Dalam konteks negara pasca-kolonial seperti Indonesia, diperlukan pemahaman terkait pluralisme hukum (*legal pluralism*).[52]

Pluralisme Hukum sebagai Keniscayaan

Secara konseptual-teoritik, pluralisme hukum dapat diartikan sebagai suatu kondisi dimana ada lebih dari satu tradisi hukum yang berlaku dan ditaati oleh masyarakat dalam satu wilayah atau jurisdiksi hukum formal. Griffith mengelaborasi pluralisme hukum secara sederhana, sebagai: "…*the fact that within any given field, the law of various provenances may be operative*.[53] Namun dalam dialektika pemikiran para ahli hukum, konsep pluralisme hukum menjadi konsep yang diperdebatkan. Ada kalangan yang menganggap pluralisme hukum dapat dijalankan secara mandiri, tanpa ada intervensi dari hukum negara. Konsep ini kerap disebut sebagai *strong legal pluralism*, yang mempertegas pemisahan antara hukum negara yang formal-legalistik dengan hukum masyarakat lokal yang sosiologis-faktual.[54] Pemikir hukum lain memberikan pendekatan yang lebih pragmatis, dengan meleburkan nilai-nilai hukum masyarakat yang sosiologis-faktual tersebut dalam bingkai hukum

---

50 Ibid.

51 Northrop, *supra* note 46, 1445.

52 M.B Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* (Clarendon Press, 1975).

53 J Griffith, 'What is Legal Pluralism' (1986)24 *Journal of Legal Pluralism* 1, 35.

54 G R Woodman, 'Legal Pluralism and the Search for Justice' (1996) 40 2 *Journal of African Law* 152, 159.

negara lewat proses pengakuan formal.[55] Kebijakan politik hukum ini disebut *state law pluralism* yang bernuasa positivistik, dimana pendekatan yang digunakan mirip dengan *rule of recognition* yang diberikan oleh Hart,[56] dan *validity of law* yang disarankan oleh Kelsen.[57] Pendekatan ini dianggap sebagai suatu keniscayaan dari perkembangan modernisasi dan konsep negara bangsa-bangsa (*nations state*).

Kedua pendekatan diatas tentu memiliki kelebihan dan kelemahan. *Strong legal pluralism* dapat memberi perlindungan yang bermakna terhadap berbagai nilai-nilai lokal di masyarakat, namun pendekatan tersebut juga dapat mencederai supremasi hukum negara. Dikarenakan adanya jurang pemisah yang jelas antara hukum negara dengan hukum non-negara, maka proses modernisasi dapat terhambat. Dengan kata lain, hukum negara tidak bisa memakai nilai-nilai lokal yang sosiologis tersebut sebagai Penghubung (*medium*) dengan masyarakat lokal. Pendekatan *state law pluralism* juga kerap dianggap terlalu simplistik karena cenderung mengabaikan kompleksitas hukum dalam ranah masyarakat lokal yang disebut Moore sebagai *semi-autonomous social fields*.[58]

Sama halnya dengan perdebatan universalisme *vis-à-vis* relativisme budaya, perdebatan tentang sejauh mana kewenangan negara dalam mengatur/mengakui nilai-nilai sosiologis-kultural dalam masyarakat juga tidaklah produktif. Perdebatan tersebut semata sebuah proyek *mapping the legal universe*; nir-ikhtiar konkrit untuk mensintesiskan keduanya. Padahal dalam konteks kekinian sekat antara hukum yang menjulang (internasional), dengan hukum nasional dan hukum lokal yang mengakar menjadi sangat tipis; mereka dapat saling melingkupi, saling memberi pengaruh, berkompetisi bahkan berfusi satu sama lain secara dinamik.[59]

---

55 Griffith, above n 20, 35.

56 H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Press, 1994).

57 H Kelsen, *The Pure Theory of Law* (University of California Press, 1967).

58 S F Moore, 'Law and Social Changes: The Semi-Autonomous Field as an Appropriate Subject of Study' (1973) 7 (4) *Law and Society Review* 720, 721.

59 F. Benda-Beckmann, 'Who's Afraid of Legal Pluralism' (2002) 47 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 37.

Dalam perspektif komparatif, konektifitas antara HAM Internasional dengan HAM nasional dan nilai-nilai lokal yang partikul tidaklah dapat dihindari. Sehingga yang perlu dipikirkan adalah bagaimana konektifitas antara entitas hukum diatas bisa dijamin oleh negara sebagai pengangku kewajiban atas HAM (*duty-bearer*).

Kesimpulan: Menimbang Universalisme Selektif (*Selective Universalism*)

Dari pemaparan argumen diatas, dapat terbaca bahwa kedua paradigma: baik universalisme maupun relativisme budaya berangkat dari *rasio* yang berbeda dan tujuan yang berbeda pula. Universalisme bertumpu pada konsensus internasional yang berorientasi pada penghormatan dan pemenuhan akan nilai-nilai HAM secara Universal, sedangkan Relativisme Budaya lahir dari rahim budaya lokal suatu bangsa, yang semata berorientasi pada penerimaan prinsip-prinsip kepatutan yang diterima oleh bangsa-bangsa (*nations*) tersebut. Alhasil, kedua paradigma menerima banyak kritik baik dari aspek filsafati maupun praktis. Namun tulisan ini juga mendapatkan pemahaman bahwa kedua paradigma dapat diikat pada suatu nilai moral (*moral force*) yang sama. Nilai moral universal dapat bertindak sebagai prinsip yang melingkupi (*an overarching principle*) bagi kedua paradigma tersebut. Dalam konteks inilah penting untuk menerima HAM sebagai suatu *moral force* yang bersifat universal, karena HAM Universal memberi prinsip-prinsip dasar tentang penghormatan terhadap pemberlakuan HAM di masing-masing konteks negara dan bangsa.

Namun mindset HAM Universal sebagai pranata yang 'menjulang' dan terkesan elitis juga perlu dikoreksi. Sejatinya, HAM International lewat proses ratifikasi telah menjadi HAM nasional yang berperan sebagai pondasi moral, filosofis dan hukum dari hukum positif negara. Dalam penerimaan secara sukarela lewat ratifikasi tersebut sejatinya kedua paradigma HAM tersebut dapat saling berjalan beriringan, tanpa perlu saling menegasikan satu sama lain. Dalam konteks inilah diperlukan pendekatan

universalisme selektif (*selective universalism*) yang berfungsi tidak hanya sebagai panduan moral namun juga sebagai pranata konektifitas dalam ranah politik hukum HAM di Indonesia.[60]

Universalisme selektif dimaknai sebagai ikhtiar dari pemerintah untuk menerima konsep universalisme, sebagai konsekuensi moral dan hukum dari ratifikasi deklarasi dan kovenan internasional tentang HAM. Namun dalam ranah politik hukum nasional, pemerintah perlu memilah secara selektif nilai-nilai budaya lokal mana yang senafas dengan prinsip moral universalisme. Dalam konteks ini, universalisme bertindak sebagai 'filter' moral dari budaya-budaya lokal setempat, namun sekaligus juga meleburkan nilai moral universalisme tersebut dengan budaya lokal, sehingga tercipta HAM Universal yang lebih berwarna, kaya budaya dan mengakar kuat di akar rumpat. Lewat politik hukum universalisme selektif, 'pohon' HAM di Indonesia akan tumbuh mengakar kuat dengan menyerap nutrisi-nutrisi dari tanah budaya dan kearifan lokal yang subur, dan akan tumbuh tinggi menjulang dimana dahan, ranting dan daunnya akan melindungi dan meneduhkan segala alam. Semoga.

[60] Konsep ini meminjam konsep '*selective legal pluralism*' dari Woodman, *supra* 54.

Daftar Bacaan

Buku dan Jurnal

Afshari, R, An Essay on Islamic Cultural Relativism in the Discourse of Human Rights, *Human Right Quarterly* (1994).

An-Naim, A A, Religious Minorities under Islamic Law and the Limit of Cultural Relativism, *Human Rights Quarterly* 9 (Feb. 1987).

An-Naim, A A, The Interdependence of Religion, Secularism, and Human Rights: Prospects for Islamic Societies, dalam Baderin MA (ed) Islam and Human Rights: Collected Essays in Law (Farnham and Burlington, Ashgate, 2010).

Barr, M D, Lee Kuan Yew and the 'Asian Values' Debate, *Asian Studies Review* 24 (3) 2000.

Benda-Beckmann, F ,'Who's Afraid of Legal Pluralism' (2002) 47 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 37.

Buana, M S, Pancasila, 'Multikulturalisme dan Tantangan Inklusi Sosial' dalam Al-Khanif, M S Buana dan M K Wardaya (eds), Pancasila dalam Pusaran Globalisasi (LKIS, 2017).

Diamond, L J, Hong Kong, Singapore and "Asian Values", *Journal of Democracy* 8, 2 (1997).

Esposito, J L, The Islamic Threat: Myth or Reality? (New York and Oxford: Oxford University Press, 1992).

Fuad, A N, Shari'ah and Human Rights, (Materi Pengajaran untuk Master Level Course UMM, 2017).

Glendon, M A, A World Made New: Elleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights (Random House Trade, 2002).

Griffith, J, 'What is Legal Pluralism' (1986)24 *Journal of Legal Pluralism* 1, 35.

Haddad, Y, Islamist and the Problem of Israel: The 1967 Awekening, *The Middle East Journal* (1992).

Hart, H.L.A, *The Concept of Law* (Clarendon Press, 1994).

Hooker, H *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* (Clarendon Press, 1975).

Jacobsen, M and O Brun (eds), *Human Rights and Asian Values. Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia* (Curzon Press, Richmond, Surrey, 2000).

Kelsen, H, *The Pure Theory of Law* (University of California Press, 1967).

Keyes, R, *The Post-Truth Era: Dishonest and Deception in Contemporary Life* (St Martin's Press, 2004).

Lindhorm, T, Philosophical and Theoretical Underpinning of Human Rights – With an Upbeat Prospect on Religion in Support of Human Rights, (Unpublished Paper, 2017).

Mayer, A E, Islam and Human Rights: Tradition and Politics (Boulder, CO: Westview Press, 1991).

Moore S F, 'Law and Social Changes: The Semi-Autonomous Field as an Appropriate Subject of Study' (1973) 7 (4) *Law and Society Review* 720, 721.

Northrop, F.S.C, Naturalistic and Cultural Foundation for a more effective International Law, *Yale Law Review* (1950).

Northrop, F.S.C, The Taming of the Nation: A Study of the Cultural Bases of International Policy, (New York, 1952).

Sani, M A, Mahathir Mohammad as a Cultural Relativist: Mahatirism in Human Rights (Paper dipresentasikan di 17th Biennial Conference of the Asian Studies Association of Australia in Melbourne 1-3 July 2008).

Scharffs, B R, The Universal Declaration of Human Rights:A Basic Introduction to its History and Drafting (Unpublished Paper, 2017).

Scharffs, B, Why Religious Freedom? Why the Religiously Committed, the Religiously Indiffent and Those Hostile to Religion should care, (BYU Law Research Paper, 2016).

Sharom, A, and H R Purnama, et. El (eds), *Human Rights in Southeast Asia* (1st Volume, SEAHRN, 2017).

Sheridan, G, Asian Values Western Dream: Understanding the New Asia (Sydney: Allen & Unwin, 1999).

Soepomo, Bab-Bab tentang Hukum Adat, (Penerbit Universitas, 1962).

Tibi, B, The European Tradition of Human Rights and the Culture of Islam, in Human Rights in Africa, Cross-Cultural Perspective, (University of Pennsylvania, 1992).
Woodman, G R, 'Legal Pluralism and the Search for Justice' (1996) 40 2 *Journal of African Law* 152, 159.
Woodman, Gordon R, 'Legal Pluralism and the Search for Justice' (1996) 40 2 *Journal of African Law* 152, 159.
Yew, L K, New bearings in our education system (Singapore: Ministry of Culture, 1966-67).

Al-Qur'an

Surah Al-Isra' 17:70.
Surah Al-Maidah 5.
Surah Al-Baqarah 2:62.
Surah Al-Kafirun 109:6.
Surah Al-Kahfi 18: 29.
Surah Al-Mumtahana 60:8.
Surah Al-Maidah 5:8.
Surah Ar-Rahman 55:1
Surah Al-Buruj 85: 14.

Deklarasi Internasional

Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia.

Website

<http://www.telegraph.co.uk/news/2017/03/01/islam-will-largest-religion-world-2070-says-report/>.

Surat Kabar

Sigit Riyanto, Persekusi (Kompas, 7 Juni 2017).

Menimbang Gagasan Sejarah Pemuliaan Martabat Manusia Perspektif Agama-Agama, Barat, dan Indonesia

Haidar Adam

Pendahuluan

Terdapat beberapa pra-anggapan yang seringkali muncul dalam diskursus hak asasi manusia (HAM) di Indonesia. Hal ini dikarenakan beragamnya entitasdengan berbagai faktor yang mempengaruhinya (suku, agama, kebudayaan, tingkat pendidikan, afiliasi politik, dll.) yang ada di Indonesia. Setiap entitas memiliki cara pandang *(view point)* dan kedudukan *(stand point)* tersendiri dalam memandang HAM. Bahkan, dalam satu *cluster* entitas pun bisa saja memiliki pandangan yang beragam.

Polarisasi penyikapan terhadap HAM bisa dikualifikasikan menjadi dua kutub yaitu penolakan sepenuhnya disatu sisi dan penerimaan sepenuhnya di kutub yang lain. Bagi pihak yang menolak sepenuhnya, HAM seringkali dianggap sebagai produk Barat yang dipaksakan, terlalu individualistis,[1]serta tidak sesuai dengan nilai-nilai ketimuran. Dalam lingkup Asia, posisi initerpresentasikan oleh gagasan *"Asian values"*.[2] Di kutub yang lain, terdapat pihak yang menerima seutuhnya HAM karena mereka memiliki pandangan bahwa hak asasi manusia bersifat universal yang berlaku untuk semua orang tanpa mengindahkan sekat kewilayahan. Selain itu, mereka juga berpandangan, bahwa dalam

---

1 Eko Riyadi, Knut. D. Asplund, dan Suparman Marzuki (Ed), *Hukum Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta, Pusat Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia, 2008)h. 4-5.

2 SEAHRN, *An Introduction To Human Rights in Southeast Asia*, Volume 2, (Southeast Asian Human Rights and Peace Studies Network, 2016) h. 16-17.

perspektif hukum internasional, Indonesia juga memiliki kewajiban untuk mengimplementasikan HAM sesuai dengan kesepakatan yang telah dibuatnya dengan negara negara lainnya. Hal ini dikarenakan dalam asas hukum dikenal bahwa suatu kesepakatan juga dianggap memiliki nilai kekuatan yang sama layaknya undang-undang (asas *pacta sunt servanda*).[3]

Beberapa organisasi Islam yang ada di Indonesia, memiliki penyikapan yang berbeda terkait dengan HAM. Secara garis besar terdapat dua kelompok besar dalam penyikapan ini yaitu yang bersikap moderat dan yang menolak akan keberadaan HAM.Sikap moderat dihasilkan dari pembacaan bahwa disatu sisi terdapat beberapa aspek dalam HAM yang kompatibel dengan ajaran Islam. Disisi yang lain, terdapat tegangan dalam menyikapi beberapa isu HAM tertentu semisal hak kebebasan beragama dan hak kelompok *lesbian, gay, bisexual*, *transgender, intersex,* dan *queer*(LGBTIQ).[4] Organisasi Nahdlatul Ulama dan Muhammadiyah bisa dikualifikasikan dalam kelompok ini.[5] Disisi lain, terdapat kelompok Islam yang menolak eksistensi HAM sama sekali. Mereka beranggapan bahwa HAM merupakan alat propaganda

---

3 Lung-Chu Chen, *An Introduction to Contemporary International Law a Policy Oriented Perspective*, (New York, Oxford University Press, 2015) h.328.

4 LGBTIQ merupakan kelompok komunitas yang mengindentifikasikan diri mereka berdasarkan orientasi seksual, identitas gender, dan ekspresi atau yang dikenal sebagai SOGIE (Sexual Orientation, Gender identity and Expression). Lihat Dewi Candra Ningrum, *Mengapa Sogie*?, Dalam Jurnal Perempuan, Keragaman Gender & Seksualitas, Vol. 20, No. 4, November 2015, dapat diakses melalui laman http://www.jurnalperempuan.org/uploads/1/2/2/0/12201443/jp_87-cjp.pdf. diakses tanggal 30 Oktober 2017.

5 Terkait dengan isu LGBT, sikap NU dan Muhammadiyah bisa dilihat melalui lamanberikuthttp://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/16/01/30/o1q4ld377-muhammadiyah-lgbt-tak-bisa-gunakan-dalih-ham-untuk-perjuangkan-hak,dan http://nasional.kompas.com/read/2016/02/26/11554431/Ini.Sikap.PBNU.soal.LGBT?page=all. Sedangkan terkait isu hak kebebasan beragama, Sikap NU dan Muhammadiyah bisa dilihat melalui laman ini, http://www.nu.or.id/post/read/20084/pbnu-minta-mk-tolak-judicial-review-uu-penodaan-agama dan http://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/14/11/21/nfe4ux-uu-penodaan-agama-dihapus muhammadiyah-indonesia-bakal-kacau, diakses tanggal 8 Oktober 2016.

serta bagian dari penjajahan barat yang mengancam Islam. Dilihat dari beberapa *statement* resmi melalui buletin dakwahnya, kelompok Hizbut Tahrir Indonesia (HTI) bisa tergolong dalam kelompok ini.[6] Posisi yang sedikit berbeda dari kelompok sebelumnya adalah kelompok Front Pembela Islam (FPI). Melalui Imam besarnya, Habib Rizieq, FPI menyatakan bahwa HAM yang benar adalah yang berperspektif Islam.[7] Meskipun secara institusional beberapa organisasi Islam tersebut memiliki pandangan resmi menyangkut HAM, namun beberapa proponen (anggota) dari organisasi tersebut bisa saja memiliki pandangan yang berbeda dengan institusinya.

Dengan dilatarbelakangi beberapa kondisi diatas, tulisan ini akan menguji sekaligus mengulas beberapa pra-pemahaman tersebut melalui penelaahan sejarah perkembangan gagasan pemuliaan manusia yang akan disajikan secara selektif-kronologis. Bagian ini secara selektif akan menjelaskan beberapa linimasa yang dianggap penting dalam sejarah perkembangan gagasan pemuliaan manusia baik dalam dunia barat, dunia Islam serta spesifik dalam konteks ke-Indonesiaan. Istilah pemuliaan/pemartabatan manusia digunakan dikarenakan gagasan pemuliaan manusia disini tidak memiliki pengertian yang eksklusif terbatas pada titik anjak penggunaan istilah HAM secara definitif. Melainkan, mencakup pula gagasan tentang pemuliaan martabat manusia dengan berbagai terminologi yang digunakan semisal hak kodrati, hak warga negara, maupun hak dasar.

Sistematika tulisan ini dimulai dengan pengantar. Pada bagian selanjutnya dijelaskan tentang urgensi pembelajaran tentang sejarah perkembangan gagasan pemuliaan manusia dan dilanjutkan dengan sejarah perkembangan gagasan pemuliaan manusia dalam tradisi agama-agama dunia, tradisi Barat, dunia Islam, dan Indonesia. Selanjutnya, terdapat sub-bagian mengenai gagasan pemuliaan manusia di persilangan. Terakhir, tulisan ini akan diakhiri dengan

---

6 Lihat https://hizbut-tahrir.or.id/2010/12/15/ham-alat-propaganda-dan-penjajahan-barat/, diakses tanggal 8 Oktober 2016.

7 Lihat http://www.habibrizieq.com/2012/11/hak-asasi-manusia-dan-wawasan-kebangsaan.html, diakses tanggal 8 Oktober 2016.

kesimpulan. Dengan demikian, artikel ini lebih dimaksudkan untuk menyediakan penjelasan tentang peta sejarah perkembangan gagasan pemuliaan manusia dari perspektif yang berbeda serta menjelaskan titik temu antar beberapa perspektif yang berbeda tersebut.

Urgensi Pembelajaran Sejarah Perkembangan Gagasan Pemuliaan Manusia

Mempelajari sejarah tidak hanya sekedar menghapal tanggal-tanggal serta peristiwa tertentu yang terjadi di masa lalu.[8] Lebih dari itu, mempelajari sejarah berarti membaca kembali serta memberikan interpretasi terhadap peristiwa yang terjadi di masa lampau tersebut sehingga bisa dijadikan pembelajaran untuk masa sekarang.[9] Selain itu, mempelajari sejarah akan membantu manusia sekarang untuk lebih mengenal moral dan perilaku individu serta masyarakat, perubahan apa saja yang terjadi serta faktor determinan apa yang melatarbelakanginya sehingga sampai pada kondisi masyarakat yang sekarang.[10] Dengan demikian, sejatinya, dengan mempelajari sejarah, kita mempelajari diri kita sendiri beserta masyarakat yang ada di sekitar kita. Hal ini juga berlaku dalam mempelajari sejarah dan perkembangan pemuliaan manusia.

Mempelajari sejarah gagasan pemuliaan manusia, pada hakikatnya adalah mempelajari sejarah perjuangan manusia atau sekelompok komunitas melawan penindasan dan ketidakadilan. Pengalaman akan ketertindasan tersebut membawa pada suatu keinginan bersama untuk mewujudkan dunia yang lebih baik. Tragedi kemanusiaan yang telah terjadi semakin menyadarkan bahwa kemartabatan manusia haruslah mendapatkan perhatian yang serius. Perjuangan untuk mendapatkan keadilan bisa terpotret melalui rangkaian piksel sejarah yang terserak. Rangkaian peristiwa

---

8 Dr.N.Padmanabhan et.al., *Methodology of History*, (University of Calicut, 2011) h.5. tersedia pada laman http://www.universityofcalicut.info/syl/METHODOLOGYOFHISTORY.pdf.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.* h.7.

tersebut bisa menjadi ibrah bagi manusia yang hidup pada saat ini untuk senantiasa merawat kemartabatan manusia serta meninggalkan hal-hal yang akan mengarahkan pada pendegradasian martabat manusia. Selain itu, memahami sejarah gagasan pemuliaan manusia akan mengantarkan semua bangsa pada suatu ikhtiar untuk lebih meningkatkan lagi penghormatan terhadap martabat manusia. Hal inilah yang disebut oleh Hardiman sebagai intensi dasar HAM.[11]

Jauh sebelum pernyataan Hardiman itu, pada tahun 1970-an, Abdurrahman Wahid (Gus Dur) dalam tulisannya di *Jurnal Prisma* menyebutkan bahwa

> "*Hak-hak asasi manusia harus diwujudkan dalam kemampuan menghindarkan umat manusia secara keseluruhan dari kehancuran*.. ".[12]

Untuk itu, dalam bagian selanjutnya akan diuraikan beberapa tahapan penting dalam sejarah perkembangan gagasan pemuliaan manusia dalam beberapa tradisi agama-agama dunia, tradisi barat, dunia Islam maupun Indonesia.Tulisan ini tidak berpretensi untuk menyajikan sejarah perkembangan gagasan pemuliaan manusia secara sistematik dan serbaterhubung. Alih-alih, mungkin yang ditemukan malah retakan (*rupture*) di sana-sini karena antara satu momentum peristiwa sejarah tidak terhubung dengan yang lain. Namun, hal tersebut tidak mengurangi peran penting sejarah dalam memberikan pemahaman akan penderitaan dan perjuangan manusia dalam memperjuangkan hak-haknya.

---

[11] F.Budi Hardiman,*Hak-hak Asasi Manusia: Polemik Dengan Agama dan Kebudayaan*, (Yogyakarta, Kanisius, 2011)h.18.

[12] Abdurrahman Wahid, *Mencari Perspektif Baru Dalam Penegakan Hak Asasi Manusia*, Jurnal Prisma, Desember, 1979, dalam Abdurrahman Wahid, *Prisma Pemikiran Gus Dur*, (Yogyakarta, LKIS, 2000) h. 94.

Gagasan Pemuliaan Manusia pada Agama-Agama Dunia

Pertanyaan awal yang mungkin diajukan adalah, kenapa agama? Sebelum menjawab ini, akan diketengahkan dulu beberapa pengertian tentang agama. Pengertian tentang agama mengundang perdebatan tersendiri. Pendekatan keilmuan yang berbeda menjadikan pengertian yang dihasilkan juga berbeda.[13] Kesulitan dalam mendefinisikan agama menjadikan tidak ada pengertian agama yang bisa diterima secara universal.[14]

Jensen merangkum beberapa pendapat ahli yang memberikan pengertian terhadap agama.[15] Pengertian pertama dikemukakan oleh Emile Durkheim yang menyatakan bahwa agama merupakan:

> "*... a unified system of beliefs and practices relative to sacred things, that is to say, things set apart and forbidden – beliefs and practices which unite into a single moral community called a Church, all those who adhere to them*". [16]

Disini kata *church* dapatlah diinterpretasi sebagai komunitas agama yang memiliki seperangkat sistem kepercayaan tertentu yang terkait dengan hal hal yang bersifat suci (*sacred*). Selanjutnya, pendapat Sigmund Freud juga dirujuk untuk menjelaskan agama. Agama menurut Freud merupakan refleksi dari ketidakmatangan perilaku yang terkait dengan dorongan-dorongan keinginan dan hal-hal yang ilusif.[17]Pendapat ketiga berasal dari Paul Tillich yang menyebutkan bahwa agama sangat berkaitan erat dengan keimanan terhadap "*theultimate concern*".[18] Bahwa keimanan terhadap "Yang Utama"memberikan memberi makna pada kehidupan personal.[19] Clifford Geertz memberikan pendapat bahwa agama merupakan sistem budaya yang sarat simbol dimana seseorang bisa memberi

---

13 Wahid Institute, *Laporan Sementara Dinamika Kebebasan Beragama Tahun 2015*. h. 3.

14 Asad dalam Frank B. Cross, *Constitutions and Religious Freedom*(New York, Cambridge University Press, 2015). h. 2.

15 Jeppe Sinding Jensen, *What Is Religion?,*(New York, Routledge, 2014). h. 2-6.

16 *Ibid.* h. 3.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

makna akan keberadaannya.[20] Pascal Boyer menyatakan bahwa pemikiran tentang keagamaan merupakan pemikiran yang evolusioner sifatnya dan tidak ada yang "benar" tentang agama.[21] Dalam konteks tertentu agama mungkin berfungsi, namun sebagian besar memiliki sifat negatif yaitu mengarahkan pada "kesadaran palsu".[22] Terakhir, terdapat pengertian agama dari draft Rancangan Undang-Undang Perlindungan Umat Beragama yang menyatakaan agama sebagai "*pranata yang terdiri dari sistem keyakinan dan peribadatan yang bersumber pada kitab suci, dan sumber ajaran lain baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis yang diyakini oleh umatnya berasal dari Tuhan Yang Maha Esa"*. Beberapa pendapat yang berbeda diatas semakin menegaskan bahwa pendefinisian agama menjadi hal yang sangat menantang dan cukup sulit sehingga pada akhirnya tidak terdapat suatu definisi yang secara universal bisa diterima oleh semua pihak. Namun, jika suatu saat Undang-Undang yang terkait agama telah disahkan, maka secara normatif, pengertian agama pada undang-undang tersebutlah yang akan dipakai acuan dalam pengaturan kehidupan beragama.

Dalam sejarahnya, peran agama kelihatan paradoks. Disatu sisi, agama merupakan sumber inspirasi untuk menyemai benih keadilanserta memuliakan manusia. Paul Gordon Lauren, sebagaimana dikutip oleh Green dan Witte menyatakan bahwa "*All of the major religions of the world seek in one way or another to speak to the issue of human responsibility to others... [A]ll of the great religious traditions share a universal interest in addressing the integrity, worth, and dignity of all persons and, consequently, the duty toward other people who suffer without distinction".*[23]Bahwa, tradisi agama-agama dunia banyak mengajarkan tentang tanggung jawab kepada sesama dan berbagi ide yang sama terhadap gagasan tentang integritas, nilai, dan martabat seluruh manusia serta kewajiban (untuk membantu) terhadap sesama yang menderita tanpa membeda-bedakan.

---

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 M. Christian Green and John Witte Jr., *Religion*, dalam Dinah Shelton (Ed*) The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, (New York, Ox- ford University Press, 2013) h.1.

Disisi yang lain, sejarah juga telah menunjukkan betapa agama digunakan sebagai legitimasi penindasan terhadap pihak yang lain.[24] Akan tetapi, peran signifikan agama dalam membangun peradaban kemanusiaan, merupakan hal yang tidak dapat disangkal kebenarannya.Oleh karena itu, selanjutnya akan dijelaskan perihal gagasan pemuliaan manusia melalui tradisi agama-agama dunia yang meliputi agama Hindu, Buddha, Konfusianism, Yahudi, Kristen, serta Islam.[25]

Hindu dianggap sebagai agama yang tertua di dunia.[26] Keberadaannya bisa dilacak sampai dengan masa 3000 SM bersamaan dengan bersemainya peradaban sungai Indus di India.[27]Ajaran Hindu bersumberkan pada beberapa kitab suci yang disebut sebagai *Catur Veda.*[28] Beberapa masa sesudahnya, terdapat beberapa kitab syarah(penjelasan) yang menjelaskan *Catur Veda* tersebut seperti *Upanishad* dan *Purana.* Terdapat beberapa konsep inti dalam ajaran Hindu yang sangat relevan dengan gagasan hak asasi manusia seperti, *Karma*, *Dharma*, dan *Sadacara.*[29]*Karma* dipahami sebagai kekuatan hukum sebab akibat yang menjadikan setiap tindakan (baik atau buruk) akan memiliki konsekuensi tertentu.[30] Tindakan yang baik akan mengantarkan individu untuk lepas dari siklus kematian dan kelahiran kembali (*samsara*/reinkarnasi).[31] Perwujudan dari pembebasan dari siklus

---

24 Russel Blackford, *Freedom of Religion and Secular State*,(Oxford,Wiley-Blackwell, 2012) h. 20-33. Dalam bab yang berjudul *A Short History of Religious Intolerance* ,Blackford menguraikan bahwa terdapat beberapa peristiwa kekerasan yang dilatarbelakangi oleh keyakinan agama.

25 Pemilihan agama-agama ini tidak lantas menjadikan diluar agama yang dibahas dalam makalh ini adalah bukan agama.

26 Mahendra P. Singh, *Human Rights In The Indian Tradition: an Alternative Model*, NUJS Law Review, 2009, h.153.Bisa diakses melalui http:// nujslawreview.org/wp-content/uploads/2015/02/mahendra-p-singh.pdf.

27 M. Christian Green, *Op. Cit.* h. 1.

28 Mahendra P.Singh. *Op.Cit.* h. 150.

29 Werner Minski, *Hinduism and Human Rights*, dalam John Witte, Jr. dan M. Christian Green (Ed), *Religion and Human Rights: An Introduction*,(New York, Oxford University Press, 2012). h. 82.

30 *Ibid.*

31 M. Christian Green, *Op. Cit.* h. 2.

tersebut bisa mengantarkan seseorang *moksha*.[32] *Dharma* berkenaan dengan prinsip dasar yang menyangkut posisi individu dalam kaitannya dengan keteraturan semesta. Ia adalah satu diantara tiga tujuan hidup manusia, selain *artha* dan *kama*.[33]Didalamnya terdapat kewajiban bagi setiap pihak dalam semesta untuk menjaga harmoni dengan cara *sadacara(doing the right thing)*. Beberapa konsep kunci tersebut turut pula menurunkan konsep yang sangat terkenal dalam gerakan Gandhi, yaitu *ahimsa* (*non-violence*/anti kekerasan). Menurut Gandhi, *ahimsa* adalah jiwa dari kebenaran.[34] Dengan demikian, bisa dilihat bahwa dalam ajaran agama Hindu terdapat dasar yang cukup kuat yang berguna bagi pemupukan penghormatan terhadap martabat manusia.[35]Ajaran Hindu juga banyak menopang peradaban yang ada di nusantara, seperti kerajaan Kutai, Mataram Kuno, Kediri dan Majapahit.[36]

Agama Buddha tumbuh dan berkembang dengan mengacu pada figur Pangeran Sidharta (Buddha Gautama) yang dilahirkan pada tahun 623 SM.[37]Istilah 'Buddha' sendiri bukanlah mengacu pada nama orang tertentu, namun lebih pada gelar yang

---

32 *Ibid.*

33 Wendy Doniger, *On Hinduism*, (New York, Oxford University Press, 2014) h. 22. Menurut Doniger, *Dharma*, merupakan tujuan yang paling sentral diantara ketiga tujuan hidup. Didalamnya memuat serangkaian makna yang mencakup tugas, agama, tingkatan agama, moralitas, kewajiban sosial, hukum, keadilan dan seterusnya. Hal ini menjadikan kesulitan tersendiri dalam melakukan transliterasi kedalam bahasa Inggris, sehingga pada akhirnya kata *dharma* diadopsi kedalam bahasa Inggris seperti apa adanya.

34 Mahatma Gandhi, *What is Hinduism*?(India, National Booktrust, 1994) h.74.

35 Dalam perspektif hari ini, terutama hak asasi manusia, beberapa aspek dalam ajaran agama Hindu mendapatkan sorotan terutama terkait dengan pembagian lapisan dalam masyarakat (varna), menguatnya partai sayap kanan di India melalui partai Bharatiya Janata , serta masalah ketidaksetaraan gender.

36 Paul Michel Munoz, *Kerajaan Kerajaan Awal Kepulauan Indonesia dan Semenanjung Malaysia*, (Tim Media Abadi (penterjemah) diterjemahkan dari *Early Kingdoms of the Indonesian Archipelago and The Malay Peninsula*, (Yogyakarta, Mitra Abadi, 2009), hal. 84-86.

37 Pandita S. Widyadharma, *Inti Sari Agama Buddha*, tersedia pada laman http://www.samaggi-phala.or.id/download/lain/intisari%20agama%20-buddha.pdf. h.1.

dinisbatkan kepada seseorang yang telah mendapatkan pencerahan (*enlightened one*).[38] Dikisahkan, Pangeran Sidharta merupakan putra mahkota yang hidupnya penuh berkecukupan. Orangtua Pangeran Sidharta menghindarkan Sidharta muda dari penglihatan terhadap orang tua, orang sakit, orang mati dan pertapa.[39] Dikatakan bahwa tindakan tersebut untuk mecegah ramalan para pertapa yang meramalkan bahwa Pangeran Sidharta bakal menjadi Buddha.[40] Pada akhirnya, Pangeran Sidharta melihat beberapa fenomena tersebut dan memilih jalan sunyi untuk melakukan perenungan dan ilmu sejati.[41] Pada usia ke 35, Pangeran Sidharta mendapatkan penerangan agung pada saat melakukan pertapaan di bawah pohon Bodhi di wilayah *Bodh Gaya*, negara bagian Bihar, India.[42] Setelah itu, Sidharta Gautama menyebarkan ketercerahannya tersebut sampai dengan akhir hayatnya pada usia ke-80. Dalam agama Buddha tidak dikenal adanya "hak individu".[43] Namun, agama Buddha menaruh perhatian yang sangat besar kepada penghormatan terhadap mahluk hidup, tindakan bermoral, anti kekerasan dan kebebasan.[44] Asumsi mendasar ajaran Buddha tentang hidup adalah bahwa hidup itu penderitaan.[45] Penyebab penderitaan tersebut dikarenakan adanya keinginan dan sifat kemelekatan terhadap sesuatu(*Al-Wahn*).[46] Penderitaan yang dialami jika manusia menjalankan 8 jalan yaitu pemahaman yang benar, tujuan yang benar, perkataan yang benar, perilaku yang benar, mata pencaharian (pekerjaan) yang benar, usaha yang benar, kewaspadan, serta konsentrasi yang benar.[47] Terdapat lima prinsip

---

38 Edward Conze, *A Short History of Buddhism*, (Oxford, Oneworld Public-ation, 2008) h.10

39 Pandita S. Widyadharma, *Op. Cit.*

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.* h.2.

43 Sally B. King, *Buddhism and Human Rights*, dalam John Witte, Jr. dan M. Christian Green (Ed), *Religion and Human Rights: An Introduction*,(New York, Oxford University Press, 2012). h. 106.

44 *Ibid.* h. 106-107.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

dalam ajaran Buddha (*Panca-sila*)[48] yang sangat terkait dengan hak asasi manusia yaitu larangan membunuh, larangan mencuri, larangan berbohong, larangan berbuat asusila, serta madat.[49] Dalam beberapa aspek, ajaran Buddha memiliki kemiripan dengan ajaran Hindu dalam hal *Karma*, *Dharma* serta *moksha*.[50] Contoh praktis dari ajaran Buddha ini adalah keterlibatan para Biksu dalam gerakan perlawanan terhadap rezim otoriter yang dinamakan 'revolusi saffron' (tahun 2007) di Myanmar dimana para biksu melakukan protes terhadap semakin tingginya korupsi di pemerintahan serta turunnya standar hidup ke level yang sangat rendah.[51] Dapat disimpulkan dari uraian diatas, bahwa dalam ajaran agama Buddha terdapat ajaran yang bernilai universal yang keberadaannya berkesesuaian dengan gagasan pemartabatan manusia.[52] Wilayahnusantara juga pernah menjadi salah satu pusat dari pendidikan agama Buddha dimasa lampau di jaman kerajaan Sriwijaya.

Hampir sejaman dengan Sidharta, pada tahun 551-479 SM, di Cina terdapat pemikir etika yang dikenal sebagai Confucius.[53] Ide beserta ajaran dari Confucius yang terserak, dikumpulkan oleh murid-muridnya dan dihimpun dalam suatu kodifikasi yang disebut sebagai *The Analects*.[54] Meskipun demikian, pemikiran Confucius ini

---

48 Konsep ini dekat dengan konsep *molimo* yang ada pada sebagian kalangan suku Jawa, yang bagi sebagian orang dipercaya sebagai ajaran Sunan Ampel.

49 *Ibid.*

50 M. Christian Green dan John Witte, *Op. Cit.* h.3.

51 Human Rights Watch, *The Resistance of the Monks Buddhism and Activism in Burma,* (New York, Human Rights Watch, 2009). h.16-17. Aksi tersebut disebut revolusi saffron dikarenakan mengacu pada warna dominan dari pakaian para biksu yang melakukan demonstrasi.

52 Hal yang paradox terjadi manakala beberapa peristiwa menunjukkan tindakan kekerasan yang diinisiasi oleh beberapa biksu seperti pada tahun 2001 di Taungoo dan terhadap etnis Rohingya.Lihat https://www.hrw.org/legacy/backgrounder/asia/burmese_muslims.pdfdan pemberitaan pada laman http://www.bbc.com/news/world-asia-20427889, diakses pada tanggal 12 Oktober 2016.

53 Joseph C.W. Chan, *Confucianism and Human Rights*, dalam John Witte, Jr. dan M. Christian Green (Ed), *Religion and Human Rights: An Introduction*,(New York, Oxford University Press, 2012). h. 87.

54 Ibid. h.

menjadi lebih sistematis dan berkembang dalam pemikiran Mencius dan Xunzi yang hidup seabad sesudahnya.[55] Bagi sebagian pihak, ajaran konfusianisme ini dianggap bukan sebagai agama melainkan lebih pada ajaran tentang filsafat etika.[56] Yang menjadi gagasan inti dari ajaran Confusius adalah setiap orang seharusnya senantiasa mengasah pemikiran dan kebajikan dengan cara belajar dan berpartisipasi secara aktif dalam kegiatan ritual.[57] Selain itu, terdapat tuntutan akan kepatuhan dalam menjalankan peran-peran tertentu sesuai dengan relasi sosialnya.[58] Terdapat enam relasi sosial yang menjadi fokus dari ajaran Confusius yaitu (1) Orang tua dan Anak, (2) Penguasa dan Para Menteri, (3) Pejabat Pemerintah, (4) Suami dan Istri, (5) Kakak dan Adik, dan (6) Teman terhadap teman lainnya.[59] Keenam relasi tersebut mestilah dibingkai dalam *lieu* kebajikan, gati (perhatian), serta cinta.[60] Dengan demikian, jika masing-masing komponen berperilaku sesuai dengan pinsip tersebut, maka harmoni sosial dapat diwujudkan. Sumbangsih Confucius dalam etika juga dikenal melalui "*golden rule*" berupa pernyataan "jangan memaksakan kehendak pada orang lain (suatu hal) yang kamu sendiri tidak berkenan terhadapnya". Ungkapan ini memberikan impresi suatu kondisi yang bersifat resiprokal (ketersalingan) dengan berusaha menempatkan diri kita pada posisi orang lain dan sebaliknya. Jika dikaitkan dengan HAM yang berlaku saat ini, maka prinsip tadi dapat dijadikan pijakan untuk tidak melanggar HAM orang lain dikarenakan pada prinsipnya setiap orang tidak mau jika haknya dilanggar oleh orang lain. Dengan demikian, bisa disarikan bahwa ajaran Confucius juga memercikkan gagasan tentang pemartabatan manusia.[61]

---

55 *Ibid.* h. 88.

56 M. Christian Green dan John Witte, *Op. Cit.* h.4.

57 Joseph C.W. Chan, *Op. Cit*, h. 88.

58 M. Christian Green dan John Witte, *Op. Cit.* h.4.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 Meskipun demikian, China, dimana ajaran Confucius masih dominan, pada tahun 2009 terkualifikasi sebagai negara dengan perhatian khusus (Countries with Particular Concern) oleh USCIRF (Komisi kebebasan beragama Internasional Amerika). Status ini merujuk pada kondisi kebebasan beragama terburuk dalam standar USCIRF. Hal ini dikarenakan di China

Dalam satu gambar besar bisa dilihat bahwa gagasan tentang penghormatan dan pemuliaan manusia juga muncul dalam tradisi agama dan kepercayaan bangsa-bangsa yang ada di Timur dengan segala partikularitasnya. Agama dan kepercayaan tersebut memberikan tempat yang mulia bagi kedudukan manusia dan sekaligus memberikan arahan bagi pengikutnya untuk senantiasa merawatnya. Hal ini sekaligus mengevaluasi asumsi awal bahwa gagasan pemuliaan manusia hanya berasal dari pemikiran Barat.

Sejarah Perkembangan HAM di Barat

Bagi beberapa sarjana, 'Barat'(*West*) merupakan entitas yang memiliki persepsi kompleks dan beragam.[62] Istilah Barat tidak hanya sekedar merepresentasikan teritori maupun komunitas rasial tertentu (kaukasoid).[63] Melainkan, ia, Barat, merupakan entitas yang terbentuk dari adanya persepsi kultural dan normatif tertentu.[64] Menurut Kurth, setidaknya terdapat tiga hal yang menjadi pembentuk bagi entitas yang disebut sebagai Barat yaitu: (1) adalah tradisi Yunani-Romawi; (2) Tradisi Kekristenan, dan; (3) Tradisi Zaman Pencerahan *(enlightenment)*.[65] Secara simplistis, apa yang disebut sebagai Barat lebih dekat pada apa yang dinamakan Eropa (Barat) dan Amerika Serikat.

---

terjadipelanggaran yang serius dan terus menerus terhadap kebebasan beragama terutama terhadap kelompok minoritas seperti Kaum Buddha di Tibet, Kelompok muslim di Uighur serta penganut ajaran Falun Gong. Lihat laporan USCIRF pada tahun 2009 tersedia pada laman http://www.uscirf.gov/sites/default/files/resources/AR2009/final%20ar2009%20wit%20cover.pdf.

62 Jacinta O'Hagan, *Conceptualizing the West in International Relations*, (New York, Palgrave Publisher, 2002) h.14.

63 *Ibid.* h. 212.

64 *Ibid.*Yang dimaksud normatif disini adalah standar kaidah tertentu yang disepakati bersama untuk dijadikan acuan bagi setiap entitas yang mengidentifikasikan dirinya sebagai bagian dari suatu entitas yang lebih besar lagi yang disebut sebagai 'barat'.

65 James Kurth, *Western Civilization, Our Tradition*, The Intercollegiate Review, fall 2003/spring 2004, h.5. tersedia pada laman http://www.mmisi.org/ir/39_01_2/kurth.pdf.

Di dunia Barat, istilah 'hak asasi manusia'(*human rights*) sendiri, belum dikenal sebelum abad ke-18.[66] Bahkan, Samuel Moyn[67] menyatakan bahwa term 'hak asasi manusia' tidak banyak terekam sampai dengan tahun 1940an.[68] Istilah yang banyak dipakai pada masa sebelumnya adalah "hak manusia" (*rights of man*) atau "hak kemanusiaan" (*rights of humanity*).[69]Lebih jauh ia menambahkan, titik tolak perkembangan HAM baru dimulai pada tahun 1970an bersamaan dengan berdirinya Amnesty International yang memulai kerja advokasi terhadap hak individu.[70]Selain itu, Moyn juga memberikan sorotan atas peran Presiden Amerika Jimmy Carter yang melontarkan istilah hak asasi manusia dalam salah satu pidato tentang arah politik luar negerinya yang membuat diskursus hak asasi manusia menghangat di publik Amerika.[71]Namun, sejarah

---

66 Jean-Paul Lehner, *Pleading for a New History of Human Rights*, dalam Anja Mihr dan Mark Gibney (Ed), *The Sage Handbook of Human Rights*, (London, Sage Publication, 2014) h. 25.

67 Samuel Moyn adalah Professor Sejarah dan Hukum pada Universitas Harvard yang pada tahun 2010 membuat buku yang penuh kontroversi yaitu "*The Last Utopia: Human Rights in History"*. Bukunya berisi tentang kritik tajam kepada para akademisi yang mengkaji hak asasi manusia. Fokus kritikannya ditujukan pada mula(origin) dari HAM yang sangat dipenuhi oleh "retakan epistemik" karena terdapat kecenderungan para akademisi terlalu larut dalam euforia akan diskursus mengenai hak asasi manusia dan abai terhadap ketidaktersambungan antara peristiwa satu dengan peristiwa yang lain. Biografi Samuel Moyn dapat diakses melalui http://hls.harvard.edu/faculty/directory/11175/Moyn/.

68 Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, (Harvard Univer-sity Press, 2010). h. 4.

69 Robin Blackburn, *Reclaiming Rights*, tinjauan atas buku Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History,* dalam Jurnal New Left Review 69 May Jun 2011, h.127.

70 *Op. Cit.* h.4

71 *Ibid.* Perihal kebijakan politik luar negeri Presiden Carter ini, Gus Dur pernah membahasnya pada salah satu tulisannya di *Jurnal Prisma.* Menurut Gus Dur,meskipun Amerika mengklaim HAM menjadi bagian kebijakan luar negerinya, namun pada kenyataannya Amerika harus dihadapkan pada permasalahan-permasalahan yang kerap mempertunjukkan inkonsistensi komitmenAmerika terhadap HAM itu sendiri. Gus Dur merujuk pada pembelaan Amerika terhadap rezim Otoriter di Iran dan Semenanjung Korea. Lihat Abdurrahman Wahid, *Op. Cit.* h. 87-100.

mengenai HAM tidak saja dapat dimulai dari munculnya istilah tersebut, melainkan bisa digali melalui gagasan-gagasan sebelumnya yang memuat substansi yang serupa dengan HAM.

Beberapa penulis membuat pembabakan waktu yang berbeda terkait dengan perkembangan HAM di Barat. Namun, sebagian besar mereka menjelaskannya secara kronologis. Lehner membuat pembabakan perkembangan HAM di Barat menjadi 4 (empat) periode yaitu masa kuno (*ancient history*), masa pertengahan (*middle ages*), masa modern awal (*early modern times*) dan masa modern (*modern times*).

Pada zaman kuno, gagasan tentang pemuliaan manusia muncul dalam *Codex Hammurabi* (hukum Raja Hammurabi).[72] Jika ditelaah lebih jauh, banyak ketentuan dalam hukum Hammurabi tersebut mengatur tentang properti (hak milik).[73] Selain itu, beberapa ketentuan juga memberikan ganjaran hukuman mati sebagai penalti atas suatu perbuatan. Dari 282 pasal yang ada, 27 diantaranya memuat hukuman mati.[74] Hammurabi terkenal dengan ungkapan *an eye for an eye* (mata dibalas dengan mata).[75] Meskipun terlihat sangat kejam dalam perspektif modern, namun keberadaan hukum Hammurabi ditujukan untuk melindungi manusia pada saat itu. Masa Yunani kuno juga memiliki andil dalam peletakan dasar bagi pemuliaan manusia. Kontribusi Plato, Aristoteles, dan bangsa Stoa terlihat dalam penggunaan kata kata "warga dunia", dan "philantropia".[76] Kedua kata tersebut telah memberi artikulasi yang

---

72 Hammurabi (berasal dari bahasa Akkadian Amorite ʿAmmurāpi, yang berarti "saudara penyembuh" berasal dari perpaduan kata ʿAmmu, yang berarti "saudara laki laki," dan Rāpi, yang bermakna "penyembuh"; (ca. 1728 – 1686 SM) adalah raja ke-enam Babylonia. Dia menjadi raja dari kekaisaran Baylonia yang memerintah wilayah Mesopotamia setelah memenangi serangkaian perang melawan kerajaan-kerajaan sekitarnya. Hammurabi terkenal sebagai Raja yang memiliki hukum tertulis. Hammurabi, *The Code of Hammurabi*, diterjemahkan oleh Rev. Claude Hermann Walter Johns, 1790, tersedia di laman http://www.feedbooks.com/.

73 *Ibid.* bandingkan dengan http://www.constitution.org/ime/hammurabi.pdf.

74 *Ibid.*

75 *Ibid.* Pasal 196.

76 Jean-Paul Lehner, *Op. Cit.*h.27.

kuat terhadap hal-hal yang bersifat sosial.[77] Masa Romawi ditandai dengan kodifikasi hukum serta gagasan dari ahli pikir Cicero dan Virgil.[78] Dalam pandangan masa kini, apa yang terjadi pada masa kuno mungkin tidak dapat merefleksikan posisi HAM. Namun, terdapat kesamaan akan nilai-nilai untuk menggaungkan martabat manusia.

Masa pertengahan ditandai dengan peristiwa disepakatinya perjanjian agung (*Magna Charta*) di Inggris pada tahun 1215. Perjanjian tersebut merupakan dokumen kesepakatan antara Raja John dengan para bangsawan yang tidak sepakat atas pengenaan pajak yang sewenang-wenang.[79] Peristiwa ini, selalu menjadi standar pengakuan hak asasi manusia dalam historiografi HAM di Barat. Padahal, jika dilihat dari perspektif kesekarangan, maka perjanjian tersebut tak lebih dari kesepakatan elit politik yang menjamin hak segolongan orang tertentu dan bukan seluruh umat manusia.

Pada masa pertengahan ini, penting juga untuk mengetengahkan pengaruh pemikiran Kristen.Pemikiran Kristen yang berpengaruh sangat signifikanterhadap perkembangan gagasanHAM di barat,bersumber pada tradisi hukum Yahudi dan tradisi Romawi.[80] Rujukan umat Kristen, Injil, dibeberapa bagian merupakan bagian dari ajaran Yahudi. Pada teks perjanjian lama misalnya, bisa ditemukanbeberapa aturan tentang kewajiban untuk tidak melakukan pencurian, tidak membunuh, tidak memberikan kesaksian palsu. Dalam beberapa hal, beberapa ketentuan tersebut memberikan perlindungan terhadap kemartabatan manusia. Gagasan pemuliaan manusia ini, tidak lain karena diturunkan dari pemahaman bahwa manusia merupakan citra Allah *(imago dei)*.[81] Tradisi Romawi pada akhirnya juga berkelindan *(embedded)* dengan tradisi kekristenanserta memberikan pengaruh terhadap

---

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*

79 Andrew Clapham, *Human Rights A Very Short Introduction*, (New York, Oxford University Press, 2007) h. 6.

80 M. Christian Green, *Op. Cit.*h. 7.

81 F. Budi Hardiman, *Hak-Hak Asasi Manusia Polemik Dengan Agama Dan Kebudayaan*, (Yogyakarta, Kanisius, 2011) h. 44.

perkembangan diskursus tentang hak.[82] Dengan demikian, konsep pemuliaan manusia dalam tradisi Kristen erat dengan kewajiban manusia terhadap Tuhannya. Dengan kata lain, manusia pada hakikatnya tidak memiliki hak secara *genuine*. Melainkan, hak yang ada pada manusia sebenarnya merupakan derivasi dari kewajiban terhadap Tuhan.

Pada masa modern awal, sekitar abad 17 dan 18, gagasan tentang pemuliaan manusia semakin bersemi di Barat. Pada tahun 1628, terdapat British Petition of Rights yang merupakan reaksi perwakilan rakyat (*house of commons*) atas tindakan sewenang-wenang dari Raja Charles yang memberlakukan pajak tanpa persetujuan dari Parlemen.[83] Selain itu, terdapat pula tuntutan supaya orang *(freeman)* tidak bisa ditangkap dan ditahan secara sewenang-wenang.[84] Pada tahun 1776, seturut dengan Revolusi Amerika, beberapa koloni Inggris yang ada di benua Amerika menyatakan *Bill of Rights* (rangkaian pernyataan hak), termasuk wilayah Virginia.[85] Namun, banyak kritik yang diarahkan pada *Bill of Rights* ini dikarenakans angat bias kelas. Pada saat yang bersamaan, para pendukung hak ini juga memiliki budak.[86] Revolusi yang terjadi di Amerika, selain juga pengaruh para Filsufnya, turut mengilhami lahirnya Deklarasi Perancis pada tahun 1789. Dalam Deklarasi tersebut, istilah yang digunakan adalah *home*(manusia/laki-laki) dan *citoyen* (warga negara).[87] Disini, terlihat watak republikan sangat mendominasi proses revolusi. Dengan kata lain, gambaran manusia yang ada pada saat itu tidak mencerminkan karakter universal. Singkatnya, manusia sebagaimana yang disebut tadi, bersifat lokal yaitu merujuk pada warga Perancis. Selain itu, deklarasi tersebut juga dianggap terlalu maskulin yang ditunjukkan dengan pilihan kata yang tidak mengakomodasi perempuan. Sebagai respon

---

82 Nicholas P. Wolterstorff, *Christianity and Human Rights*,dalam John Witte, Jr. dan M. Christian Green (Ed), *Religion and Human Rights: An Introduction*,(New York, Oxford University Press, 2012). h. 48-50.

83 Jean-Paul Lehner, *Op.Cit.* h. 27-28.

84 *Ibid.*

85 *Ibid.*

86 *Ibid.*

87 *Ibid.*

terhadap hal ini, pada tahun 1791, Olympe de Gouges membuat *counter* dengan mendeklarasikan apa yang disebut sebagai Deklarasi Hak Perempuan (*Declaration of the Rights of Women*).[88]

Masa modern di dunia barat ditandai dengan tumbuhnya gagasan *nation state* (negara bangsa). Negara bangsa mengandaikan adanya sekat yang jelas antara negara satu dengan yang lain terkait masalah wilayah dan warganegara. Pengaturan permasalahan ketatanegaraan dituangkan kedalam konstitusi. Pada masa ini, hak-hak yang tadinya tersebar melalui deklarasi-deklarasi juga diinkorporasikan kedalam konstitusi seperti apa yang terjadi di Perancis melalui Konstitusi 1848nya.[89] Selain itu, pada masa modern ini terdapat filsuf sekaliber Karl Marx yang pemikirannya sangat berpengaruh terutama dalam penguatan hak-hak sosial.[90] Marx sendiri kurang begitu tertarik pada hak sipil dan politik karena hak-hak tersebut dianggap menegasikan fakta tentang adanya ketimpangan ekonomi secara struktural sebagai akibat Kapitalisme.[91] Dalam ranah hukum humaniter, pendirian palang merah juga menjadi tonggak tersendiri yang memberikan semacam katup pengaman paling minimal terhadap manusia dalam situasi perang.[92] Peran organisasi buruh internasional *(International Labour Organization)* juga sangat signifikan dalam memperjuangkan hak asasi manusia terutama terkait pekerjaan, namun perannya sering tak tercatat.[93] Puncaknya pada tahun 1940an, setelah perang dunia kedua, dibentuklah Persatuan Bangsa Bangsa (PBB) diikuti dengan Pendeklarasian Deklarasi Universal hak Asasi Manusia (DUHAM) pada tahun 1948.

---

88 *Ibid.*

89 *Ibid.* h.30.

90 Gerald J. Beyer*, Economic Rights: Past, Present, and Future,* dalam Thomas Cushman (Ed), *Handbook of Human Rights*, (New York, Routledge, 2012) h.293.

91 *Ibid.*

92 Jean-Paul Lehner, *Op. Cit.* h.30.

93 *Ibid.*

Sejarah Perkembangan Gagasan Pemuliaan Manusia dalam Islam

Karen Armstrong menggambarkan kegundahan Muhammad akan krisis yang melanda masyarakat Arab pada tahun 610 M.[94] Kegundahan itu terjadi dikarenakan Mekah—tempat Nabi dilahirkan—yang tumbuh menjadi kota metropolitan dan pusat perdagangan kian menjadi tidak humanis karena masing-masing suku berupaya untuk memperkaya kelompok mereka masing masing, bahkan dengan cara mengeksploitasi yang papa.[95] Pembunuhan antar suku diikuti dengan pembalasan dari suku lainnya membentuk siklus kekerasan yang susah dihentikan.[96] Selain itu, dekadensi moral sudah pada tahap yang mengkhawatirkan. Digambarkan pada waktu itu, seorang laki laki bisa melakukan poligami tanpa batas.[97]

Pada usianya yang ke-40, Muhammad menerima wahyu pertama di Gua Hira, tempat dimana Muhammad beribadah, merenung, berpuasa sekaligus berderma bagi yang miskin.[98] Kehadiran Muhammad dengan simpatinya yang besar kepada para budak, anak yatim, kaum yang lemah, serta kaum tertindas, merefleksikan jalan hidup beliau yang juga terlahir dalam situasi serupa dengan mereka.[99] Serangkaian wahyu yang diperoleh Muhammad tersebut pada akhirnya menjadi rujukan utama bagi umat Islam dalam menjalani kehidupannya yang disebut sebagai Al-Quran. Selain itu, umat Islam juga memiliki referensi tambahan berupa perkataan, tindakan, serta larangan dari Muhammad yang disebut sebagai *sunnah* atau *hadits* (sebagian besar dari hal ini terdokumentasikan). Dengan demikian, baik Al-Quran maupun Hadits menjadi sumber rujukan utama bagi umat Islam. Dari

---

94 Karen Armstrong, *Islam: A Short History*, (New York, Modern Library, 2002) h.3.

95 *Ibid.*

96 *Ibid.*

97 Syaikh Shafiyyurahman Al-Mubarakfuri, *Sirah Nabawiyah*, (Jakarta, Pustaka Al-Kautsar, 2009) h. 32.

98 Karen Armstrong *,Op. Cit.* h.3.

99 Phillip K. Hitti, *History of the Arabs*, (New York, Palgrave Macmillan, 2002) h.150.

keduanya maka muncul istilah *syari'ah*. *Syari'ah* secara etimologi berarti jalan menuju sumber mata air.[100] Dalam pengertian yang lebih umum, syari'ah dipahami sebagai perintah, larangan, petunjuk, prinsip-prinsip yang berasal dari Tuhan yang diberikan kepada manusia sebagai petunjuk didunia maupun di akhirat.[101] Dengan demikian, karakter dari syari'ah adalah serba melingkupi baik dalam wilayah privat maupun publik.

Gagasan tentang pemulyaan manusia sangat mudah ditemukan dari Al-Quran dan Hadits. Dalam Al-Quran misalnya, beberapa ayat memberikan penegasan bagi kemartabatan manusia. Surat Al-An'am ayat 151 memberikan larangan pada manusia untuk merenggut jiwa seseorang yang lain tanpa alasan yang sah. Selain itu, kebebasan berkeyakinan juga tersirat dalam surat al-Kafirun ayat 6 yang berbunyi "*untukmu agamamu dan untukkulah agamaku*". Sejarah Islam mencatat bahwa pada tahun 622 di Madinah disepakati perjanjian diantara penduduk Madinah yang memiliki latar belakang yang beragam yang disebut sebagai Piagam Madinah (*Al-Madinah Al-Shahifah*).[102] Meskipun nuansa perjanjian tersebut bersifat lokal, namun didalamnya mencerminkan adanya penghormatan terhadap warga serta jaminan akan kebebasan beragama. Dengan demikian, perspektif hak serta konsep pemuliaan manusia dalam Islam adalah bagian dari syari'at. Dengan kata lain, pemuliaan hak yang ada dalam Islam dipahami sebagai sarana untuk pengabdian kepada Tuhan, sehingga dalam hal ini karakter kewajiban lebih mengemuka daripada hak.

Pada perkembangannya, dunia Islam dihadapkan dengan dinamika gagasan HAM yang begitu cepat. Hal ini tentu saja menjadikan diskursus tersendiri bagi dunia Islam. Pada beberapa aspek tertentu, mungkin terdapat persamaan gagasan dengan beberapa aspek dalam HAM. Namun, disisi yang lain juga terjadi ketidaksepakatan. Hal ini menimbulkan banyak pertanyaan yang

---

100 Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law: An Introduction*, (Oxford, Oneworld Publication, 2008) h.14.

101 *Ibid.*

102 Jimly Asshidiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta, Rajawali Press, 2010) h. 85.

sampai sekarang masih didiskusikan perihal kompatibilitas HAM dengan syari'ah.

Dikatakan oleh Kamali bahwa syari'ah itu memiliki maksud/tujuan yang disebut sebagai *maqasid al-Shari'ah.*[103] Maksud dari adanya syari'ah tersebut memiliki asosiasi yang dekat dengan konsep keadilan, kebajikan dan kepentingan umum.[104] *Maqasid al-Shari'ah* juga dimaksudkan untuk menjadi alat pembantu dalam melakukan *ijtihad* (secara sederhana dipahami sebagai usaha yang sungguh-sungguh dari *Mujtahid* untuk menemukan hukum Tuhan). Menurut Al-Ghazali, sebagaimana dikutip oleh Kamali, tujuan shari'ah adalah untuk melindungi keyakinan, melindungi nyawa, melindungi akal, melindungi keluarga dan melindungi harta.[105] Secara metodologis, sumber dari *Maqasid al-Shari'ah*ini juga berasal dari teks rujukan utama.[106] Hanya saja, ia tampil sebagai sesuatu prinsip yang bersifat umum yang menjiwai suatu ketentuan syari'ah.Perkembangan kajian tentang *Maqasid al-Shari'ah* semakin mendekatkan kutub syari'ah dengan kutub hak asasi manusia.Meskipun harus jujur diakui bahwa tegangan itu masih ada, namun terdapat hal yang harus digaris bawahi yaitu antara gagasan HAM dengan syari'ah terdapat intensi yang sama untuk memartabatkan manusia. Jika dalam pembelaannya HAM melandaskan pada wajahnya yang sekuler maka beberapa prinsip dalam Islam mendasarkan pembelaannya pada hukum Tuhan.

103 Mohammad Hashim Kamali, *Op.Cit.* h. 123.
104 *Ibid.*
105 *Ibid.* h. 125.
106 *Ibid.*

Perkembangan Gagasan Pemuliaan Manusia dan HAM dalam Perspektif Sejarah Nasional

Dalam sub-bagian ini akan dibahas tentang gagasan pemuliaan manusia di nusantara pada saat pembentukan negara Indonesia. Pada tanggal 17 Agustus 1945, Soekarno dan Hatta sebagai representasi bangsa yang tinggal di Hindia-Belanda memproklamirkan negara baru yang bernama Indonesia. Meskipun baru diproklamirkan pada tahun 1945, ide perihal komunitas terbayang bernama Indonesia bisa dilacak sampai pada tahun 1920an dimana terdapat konggres pemuda yang menghasilkan beberapa kesepakatan diantaranya tentang rasa kebangsaan melalui sumpah pemuda. Gerakan kebangsaan tersebut diprakarsai oleh beberapa kelompok elit di nusantara yang mulanya bersifat kesukuan.[107] Disamping itu, terdapat pula organisasi yang berbasis Islam dan ikatan bisnis seperti Muhammadiyah, Nahdlautul Ulama (NU) serta Sarikat Islam. Disisi lain, organisasi yang bersifat "internasional" juga mendapat tempat di Hindia-Belanda seperti *Indische Sociaal-Democratische Vereeniging* (ISDV) yang berhaluan Kiri. Meskipun pada mulanya terbentuk karena ragam latar belakangnya, organisasi-organisasi tersebut pada akhirnya menyuarakan tentang ketertindasan bangsa Hindia-Belanda dan menuntut keadilan serta persamaan perlakuan terhadap penduduk Hindia-Belanda.

Sehari setelah proklamasi kemerdekaan negara Indonesia, para pendiri bangsa mengesahkan Undang-Undang Dasar 1945 yang merupakan konstitusi pertama bagi republik yang baru berdiri ini. Sebenarnya, Undang-Undang Dasar tersebut telah dipersiapkan beberapa bulan sebelumnya, yaitu pada sekitar bulan Maret.[108] Terkait dengan gagasan pemuliaan manusia, hal yang menarik adalah perdebatan seputar hak pada rapat-rapat Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan (BPUPK). Di dalam BPUPK terdapat dua kutub pandangan yaitu Soekarno dan Soepomo disatu

---

107 M.C.Ricklefs, *Sejarah Indonesia Modern*,(Yogyakarta, Gadjah Mada Univer-sity Press, 2007) h. 254

108 Naskah Komprehensif Perubahan UUD 1945, Latar Belakang, Proses dan hasil Dari Pembahasan 1999-2002 (Jakarta, Sekretariat Jenderal MKRI, 2010) h. 19.

sisi serta Muh.Yamin dan Hatta di sisi yang lain.[109] Yamin dan Hatta menghendaki bahwa hak hak individu dijamin secara eksplisit dalam konstitusi.[110] Sedangkan, Soekarno dan Soepomo tidak menyukai jika watak individualisme terlalu meninjol dalam konstitusi. Mereka lebih menyarankan penggunaan istilah gotong royong, kebersamaan dan kekeluargaan. Pada akhirnya, gagasan konstitusi pada awal kemerdekaan banyak dipengaruhi oleh alam pikir Soepomo.

Pemikiran Soepomo dikenal sebagai paham negara integralistik. Alam pikir integralistik mengandaikan adanya kemanunggalan antara negara dengan rakyat (*manunggaling kawulo-gusti*). Sehingga, dalam pandangan demikian, tidak mungkin bagi negara untuk menyakiti rakyat, karena rakyat adalah bagian dari negara itu sendiri. Rakyat laksana anak bagi ayah yang bernama negara. Marsillam mengkritisi gagasan Soepomo tersebut dengan menyatakan bahwa gagasan negara integralistik Soepomo secara konseptual bertentangan dengan gagasan kedaulatan rakyat dikarenakan sifat totalitiarianisme yang ada didalamnya (paham integralistik) mengandung semangat anti individualisme dan anti-dualisme.[111] Dengan kata lain, sifat totalitarianisme akan menghilangkan dikotomi antara rakyat dan negara. Kondisi demikian tentu saja berpotensi membahayakan kedaulatan rakyat itu sendiri karena hak rakyat dianggap *non-exist*. Meskipun demikian, beberapa ide Yamin maupun Hatta tentang hak tetap diakomodir dalam Undang Undang Dasar 1945, misalnya terkait dengan kebebasan menyatakan pendapat. Namun, pasal-pasal tentang hak warga negara/manusia masih tersebar tanpa ada bab yang mengatur secara tersendiri.

Selanjutnya, sejarah perkembangan pengakuan hak yang ada dalam konstitusi berjalan dinamis seturut dengan faktor sosial politik yang mendukungnya. Tercatat, pasca UUD 1945 masa awal kemerdekaan, setidaknya terdapat 3 (konstitusi) yang berlaku di

---

109 *Ibid*. h. 308.

110 *Ibid*.

111 Marsillam Simandjuntak, *Pandangan Negara Integralistik; Sumber, Unsur, dan Riwatnya Dalam Persiapan UUD 1945*, (Jakarta,Pustaka Utama Grafiti, 2003) h. 252-253

Indonesia yaitu Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) 1949, Undang-Undang Dasar Sementara 1950,dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NRI 1945, pasca Amendemen). Konstitusi RIS lahir akibat kondisi politik pada saat itu yang menghendakinya. Klaim kemerdekaan sepihak Indonesia tidak bersambut dengan kerelaan Belanda untuk melepas bekas wilayahnya tersebut. Sebagai bentuk kompromi, akhirnya lahirlah RIS untuk menjembatani kepentingan Belanda dan mengakomodir kepentingan Indonesia untuk mendapatkan pengakuan Internasional.[112] Dalam Konstitusi RIS pengaturan tentang HAM diatur dalam bab tersendiri. Terdapat 27 Pasal yang mengatur HAM, jauh lebih banyak dari UUD 1945. Hal ini sesuai dengan konteks zaman pada saat itu, dimana pada tahun 1948, Perserikatan Bangsa Bangsa menyatakan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia yang sedikit banyak berimbas pada desain konstitusional di Indonesia. Pada masa pemberlakuan UUDS 1950, tentang HAM juga diatur dalam bab tersendiri tentang hak-hak dasar. Demikian pula pada zaman pasca reformasi, UUD NRI 1945 mengatur secara tersendiri tentang HAM. Pula, istilah HAM juga digunakan secara eksplisit. Pada masa reformasi, pengaturan HAM dalam banyak pasal lebih dipengaruhi oleh adanya migrasi ide-ide konstitusional *(migration of constitutional ideas)* yang berasal dari negara lain.Selain itu, perkembangan masyarakat sipil juga turut berperan menjadi kelompok penekan bagi para pihak yang terlibat dalam perumusan Konstitusi. Memang, tahun 1998 berandil besar membentuk momentum konstitusional.

[112] Majda El-Muhtaj, *Hak Asasi Manusia Dalam Konstitusi Indonesia*, (Jakarta, Kencana Prenada Media, 2005) h. 62.

Gagasan HAM di Persilangan

Bagian ini akan menjelaskan beberapa momentum yang menjadi titik temu bagi berbagai perspektif yang berbeda dalam pemuliaan manusia. Dalam konteks global, momentum itu terwakili dalam pembentukan organisasi PBB serta pendeklarasian DUHAM.

Istilah *"United Nation"* atau PBB pertama kali dilontarkan oleh Presiden Amerika Franklin Delano Roosevelt pada tahun 1942.[113] PBB akhirnya berdiri pada bulan Oktober tahun 1945. Pendirian PBB diinisiasi oleh 50 negara yang didominasi oleh pemenang perang dunia II. Seiring dengan pendirian PBB, digagas juga perihal deklarasi piagam PBB. Dalam bab IX pasal 55 dinyatakan bahwa Piagam ini juga menghormati hak asasi manusia seantero jagad dengan semangat non-diskriminasi. Melihat komposisi penandatangan piagam ini yang terdiri dari berbagai macam negara baik barat maupun timur serta dari berbagai macam benua (termasuk beberapa negara yang memiliki jumlah penduduk muslim mayoritas, seperti Syiria, Iran, Irak, serta Turki), maka disini terdapat pertemuan gagasan tentang pemuliaan manusia tersebut. Penandatanganan terhadap isi dari piagam, menunjukkan adanya penundukan dan persetujuan terhadap substansi piagam.

Tiga tahun setelahnya, di Paris dideklarasikan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Deklarasi ini ini dipandang sebagai tonggak sejarah bagi hak asasi manusia di seluruh dunia. Hal ini dikarenakan oleh keterlibatan beberapa perwakilan yang merepresentasikan beberapa negara dengan berbagai latar belakang.[114] Bukan hal mudah untuk mempersatukan persepsi beberapa perwakilan negara tersebut terkait dengan HAM. Namun, pada akhirnya DUHAM disepakati. Representasi negara Islam juga

---

[113] Lihat http://www.un.org/en/sections/history/history-unitednations/index.-html. Diakses tanggal 14 Oktober 2016.Meski istilah PBB muncul pada tahun 40an,namun gagasan tentang adanya suatu organisasi untuk mewadahi negara-negara sudah muncul pada periode sebelumnya, seperti liga bangsa-bangsa (League of nations).Keberadaan organisasi negara ini dimaksudkan untuk mencegah peperangan yang pada saat itu rawan terjadi.

[114] Lihat, http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/. Diakses tanggal 14 Oktober 2016.

ada, yaitu Iran dan Mesir. Seluruh bagian dari deklarasi tentu saja bermuatan hak asasi manusia. Terdapat 30 pasal dalam deklarasi ini. Pada bagian awal pembukaan (*preamble*) disebutkan bahwa pengakuan akan martabat manusia merupakan fondasi bagi keadilan, kebebasan dan perdamaian dunia. Hadirnya deklarasi ini semakin memperkuat adanya semangat untuk semakin memartabatkan manusia.

Setelah peristiwa tersebut, secara berturut-turut terjadi pertemuan-pertemuan antar negara yang mengahasilkan beberapa kovenan/perjanjian internasional yang berisi penjabaran lebih lanjut gagasan-gagasan besar yang ada pada dua peristiwa sebelumnya semisal kovenan internasional terkait hak sipil dan politik serta konvensi internasional terkait hak ekonomi, sosial dan budaya. Keberadaan kovenan tersebut banyak diadopsi oleh berbagai negara dengan berbagai modifikasinya. Dengan kian terhubungnya dunia karena arus teknologi dan informasi yang begitu deras, gagasan pemuliaan martabat manusia kian banyak diperbincangkan. Meskipun masih terdapat hal-hal yang diperdebatkan, namun secara garis besar, sebagian besar negara mengafirmasi pentingnya memuliakan martabat manusia.

Kesimpulan

Dari rangkaian penjelasan diatas bisa disimpulkan bahwa gagasan tentang pemuliaan/pemartabatan manusia sudah memiliki landas pijaknya sejak masa ketika agama-agama maupun kepercayaan lahir. Gagasan pemuliaan ini mewujud dalam perjuangan tanpa lelah melawan segala bentuk penindasan. Gagasan tersebut juga muncul ditiap tradisi dengan artikulasi yang berbeda sesuai dengan partikularitas konteks yang melatarbelakanginya. Dalam tradisi agama-agama besar, gagasan pemuliaan bisa ditemui dalam teks-teks kitab suci. Selain itu, gagasan para pemikir juga turut memberikan penekanan pada pentingnya hak-hak asasi manusia. Dalam konteks Indonesia, gagasan pemunculan hak asasi nampak pada saat perumusan konstitusi awal kemerdekaan. Selanjutnya, disetiap konstitusi yang dimiliki Indonesia, semuanya mengatur

tentang ide pemuliaan hak manusia, mulai dari Konstitusi RIS sampai dengan Konstitusi 1950. Pada suatu titik, gagasan akan pemuliaan manusia bertemu yang ditandai dengan pendirian PBB dan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Meskipun masih ada hal yang diperdebatkan, namun dialog tentang hak asasi dan gagasan pemuliaan manusia akan terus berlanjut.

Daftar Pustaka

Buku dan Jurnal

Al-Mubarakfuri, Syaikh Shafiyyurahman. *Sirah Nabawiyah*, (Jakarta, Pustaka Al-Kautsar, 2009).

Armstrong, Karen. *Islam: A Short History*, (New York, Modern Library, 2002).

Asshidiqie, Jimly. *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta, Rajawali Press, 2010).

Blackburn, Robin. *Reclaiming Rights*, tinjauan atas buku Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History,* dalam Jurnal New Left Review 69 May Jun 2011.

Blackford, Russel. *Freedom of Religion and Secular State*, (Oxford,Wiley-Blackwell, 2012).

Chen, Lung-Chu, *An Introduction to Contemporary International Law a Policy-Oriented Perspective*, (New York, Oxford University Press, 2015).

Clapham, Andrew. *Human Rights A Very Short Introduction*, (New York, Oxford University Press, 2007).

Conze, Edward. *A Short History of Buddhism*, (Oxford, Oneworld Publication, 2008).

Cross, Frank, B. *Constitutions and Religious Freedom*(New York, Cambridge University Press, 2015).

Cushman, Thomas. (Ed), *Handbook of Human Rights*, (New York, Routledge, 2012).

Doniger, Wendy. *On Hinduism*, (New York, Oxford University Press, 2014).

El-Muhtaj, Majda. *Hak Asasi Manusia Dalam Konstitusi Indonesia*, (Jakarta, Kencana Prenada Media, 2005).

Green, M. Christian (Ed), *Religion and Human Rights: An Introduction*,(New York, Oxford University Press, 2012).

Hammurabi, *The Code of Hammurabi*, diterjemahkan oleh Rev. Claude Hermann Walter Johns, 1790, tersedia di laman http://www.feedbooks.com/.

Hardiman, F. Budi. *Hak-hak Asasi Manusia: Polemik Dengan Agama dan Kebudayaan*, (Yogyakarta, Kanisius, 2011).

Hitti, Phillip K. *History of the Arabs*, (New York, Palgrave Macmillan, 2002).

Human Rights Watch, *The Resistance of the Monks Buddhism and Activism in Burma,* (New York, Human Rights Watch, 2009).

Jensen, Jeppe Sinding. *What Is Religion?,*(New York, Routledge, 2014).

Kamali, Mohammad Hashim. *Shari'ah Law: An Introduction*, (Oxford, Oneworld Publication, 2008)

Kurth, James. *Western Civilization, Our Tradition*, The Intercollegiate Review, fall 2003/spring 2004.

Mahatma Gandhi, *What is Hinduism?*(India, National Booktrust, 1994)

Mihr, Anja dan Mark Gibney (Ed), *The Sage Handbook of Human Rights*, (London, Sage Publication, 2014).

Moyn, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*, (Harvard University Press, 2010).

Munoz, Paul Michel. *Kerajaan Kerajaan Awal Kepulauan Indonesia dan Semenanjung Malaysia*, (Tim Media Abadi (penterjemah) diterjemahkan dari *Early Kingdoms of the Indonesian Archipelago and The Malay Peninsula*, (Yogyakarta, Mitra Abadi, 2009).

Naskah Komprehensif Perubahan UUD 1945, Latar Belakang, Proses dan hasil dari Pembahasan 1999-2002 (Jakarta, Sekretariat Jenderal MKRI, 2010).

O'Hagan, Jacinta. *Conceptualizing the West in International Relations*, (New York, Palgrave Publisher, 2002).

Padmanabhan, Dr.N.et.al., *Methodology of History*, (University of Calicut, 2011).

Ricklefs, M.C. *Sejarah Indonesia Modern*,(Yogyakarta, Gadjah Mada University Press, 2007).

Riyadi, Eko, Knut. D.Asplund, dan Suparman Marzuki (Ed), *Hukum Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta, Pusat Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia, 2008).

SEAHRN, *An Introduction to Human Rights in Southeast Asia*, Volume 2, (Southeast Asian Human Rights and Peace Studies Network, 2016).

Shelton, Dinah.(Ed*) The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, (New York,Oxford University Press, 2013).

Simandjuntak, Marsillam. *Pandangan Negara Integralistik; Sumber, Unsur, dan Riwatnya Dalam Persiapan UUD 1945*, (Jakarta,Pustaka Utama Grafiti, 2003).

Singh, Mahendra P. *Human Rights In The Indian Tradition: an Alternative Model*, NUJS Law Review, 2009.

Wahid, Abdurrahman. *Prisma Pemikiran Gus Dur*, (Yogyakarta, LKIS, 2000).

Wahid Institute, *Laporan Sementara Dinamika Kebebasan Beragama Tahun 2015*.

Widyadharma, Pandita S. *Inti Sari Agama Buddha.*

Laman

http://www.un.org
https://www.hrw.org
http://www.bbc.com/
http://www.uscirf.gov/
http://www.republika.co.id/
http://nasional.kompas.com/
http://www.nu.or.id/
https://hizbut-tahrir.or.id/
http://www.habibrizieq.com/

Universalisme Hak Asasi Manusia: Studi Perdebatan Islam dan Barat terhadap Hukuman Mati

Habib Shulton A

Pendahuluan

Hak Asasi Manusia (HAM), dipercaya memiliki nilai universal. Nilai universal berarti tidak mengenal batas ruang dan waktu.[1] Nilai universalitas yang kemudian diterjemahkan dalam berbagai produk hukum di berbagai negara untuk dapat penghormatan *(to respect)*, perlindungan *(to protect)* dan pemenuhan *(to fulfill)*nilai-nilai kemanusiaan. Bahkan nilai unversal ini dikukuhkan dalam instrumen internasional di bidang HAM, seperti: *Deklaration Universal Human Raights (DUHAM), International Covenant on Civil and Political Rights; Internastional Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; International Convention on the Elimination of All Forms of Diskrimination Against Women; Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; Convention on the Rights of the Child; dan Convention Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour.*[2]

---

1 Banyak yang menyatakan HAM otomatis berlaku universal. Namun, sebaliknya ada pandangan yang menyatakan bahwa HAM bersifat partikular. Dalam dataran teori, wacana tentang hal ini menghasilkan pendapat-pendapat yang berbeda dengan alasan masing-masing. Namun, pada umumnya mengakui bahwa HAM berlaku universal, sebagaimana terdapat di dalam instrumen HAM internasional. Lihat. A. Masyhur Effendi, *Perkembangan Dimensi Hak Asasi Manusia (HAM) dan Proses Dinamika Penyusunan Hukum Hak Asasi Manusia (Hakham),* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2005), hlm. 78-79.

2 Hikmahanto Juwana, "Pemberdayaan Budaya Hukum dalam Perlindungan HAM di Indonesia: HAM dalam Perspektif Sistem Hukum Internasional", dalam Muladi (ed.), *Hak Asasi Manusia: Hakikat, Konsep dan Implikasinya dalam Persepektif Hukum dan Masyarakat,*(Bandung: PT Rafika Aditama, 2009), hlm. 70-71.

HAM universal digaungkan lebih dari setengah abad, konsep-konsep HAM telah memasuki seluruh sendi kehidupan umat manusia. Dalam dataran apapun, akan ditemukan perbincangan mengenai HAM, yang universal dan yang bersifat *borderless* (tanpa batas). Setiap bangsa didunia, setiap titik singgung budaya ataupun setiap diskursus mengenai kebebasan dan keadilan semesta, HAM selalu menjadi awal pijakan. Prinsip universal HAM salah satunya adalah hak untuk hidup (*rights of life*).

Namun, dalam perkembangan selanjutnya, konsep-konsep HAM yang universal, agung dan luhur tersebut mengalami kekacauan identifikasi dan menghadiahkan kepada manusia suatu ruang dan waktu dimana telah terjadi "kekeliruan kecil peradaban". Secara sederhana dapat dikatakan kalau HAM telah mengalami utopia tata global yang hanyalah khayalan hampa.[3] Dalam kenyataan, nilai-nilai universal HAM ternyata dalam penerapannya tidak memiliki kesamaan dan keseragamaan. Penafsiran *rights to life* (hak untuk hidup), misalnya, bisa di terapkan secara berbeda antara satu negera dengan negara lain, khususnya antara Islam dan Barat. Dalam penterjemahan *rights to life* tiap-tiap negara memiliki penafsiran yang berbeda tentang seberapa jauh negara dapat menjamin *rights to life* ini. Perjuangan terhadap *rights to life* (hak untuk hidup) berkaitan dengan negara-negara di dunia yang masih memberlakukan hukuman mati, meskipun negara tersebut bukan negara Islam (termasuk negara Indonesia). Dan lebih khusus lagi *rights to life* kebangkitan dengan hukum syari'ah atau hukum pidana Islam yang pada intinya ingin menghidupkan kembali undang-undang pidana Islam sebagai hukum yang berlaku di setiap negara, yang berarti pemberlakukan kembali hukum *hadd, jarimah hudud* dan *qisas* dan hukumannya yang ekstrim dan tidak manusiawi khususnya hukum pidana mati. Sebagian besar kaum muslim berpendapat bahwa sistem hukum pidana Islam harus memberlakukan hukuman atas kejahatan *hadd*, meliputi hukuman dera, rajam, potong tangan atau tangan dengan kaki,

[3] M. Riza Adha Damanik, Mengkaji Ulang Universalitas HAM., *http://nusantarakusatu.wordpress.com*. 15-07-2017.

penyembelihan dan yang lebih ekstrem lagi adalah hukuman mati *qisas*.[4]

Hukum pidana mati atau hukuman mati menjadi perdebatan antara negara-negara Barat dan negera-negara Islam. Hukuman mati ini di satu sisi dianggap sebagai salah satu instrumen untuk menimbulkan efek jera dan pembalasan, hal ini dilegitimasi dengan adanya hukum pidana Islam pada bab *qisas*. Namun, di sisi lain hukuman mati dianggap sebagai pidana yang paling kejam dan tidak manusiawi bahkan secara ekstrim dianggap sebagai pidana yang menyebabkan hilangnya HAM yang paling pokok bagi manusia yakni hak untuk hidup (*rights to life*). Hukuman *qisas* yaitu nyawa di balas dengan nyawa, saat ini mendapatkan sorotan tajam dari kalangan non Islam seperti orientalis, politisi Barat dan sebagian orang Islam yang telah termakan oleh ide orientalis Barat. Mereka menggambarkan hukuman mati misalnya, sebagai suatu yang kejam dan tidak manusiawi dan tidak sesuai dengan peradaban modern. Wajah hukum pidana Islam kerap tergambar dalam media massa dan buku-buku karya orientalis Barat adalah wajah yang kejam dan tidak manusiawi serta tidak menghargai hak hidup bagi manusia.[5]

Dualisme madzhab universal HAM antara Barat dan Islam terkait penghormatan (*to respect*), perlindungan (*to protect*) dan pemenuhan (*to fulfill*) atas hak hidup menarik untuk dikaji khususnya terkait dengan konsep negara hukum (*role of law*) seperti Indonesia. Indonesia mendeklarasikan sebagai negara hukum, ini sebuah keniscayaan untuk penghormatan (*to respect*), perlindungan (*to protect*) dan pemenuhan (*to fulfill*) HAM.[6] Perlindungan HAM

---

4 Hukuman yang dijatuhkan kepada kejahatan-kejahatan tersebut secara teoritik berasal dari teks al-Qur'an. Walaupun, seperti dicatat Abdullahi An-Na'im dalam bab mengenai hukum pidana, sebagian hukuman itu tidak benar-benar ditetapkan dari teksnya, akan tetapi berdasarkan atas riwayat tentang kehidupan Nabi atau dibuat atas dasar penelaran para fuqaha. Lihat Abdullahi An-Na'im, *Toward and Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law,* (Syracuse: Syracuse University Press, 1990), hlm. 101-136.

5 Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam: Penegakkan Syari'at da-lam Wacana dan Agenda,* (Jakarta: Gema Insani Press, 2003), hlm. xiv-7.

6 Lihat UUD 1945 Pasal 1 ayat (3), "*Negara Indonesia adalah Negara Hukum".*

dalam UUD yang pernah berlaku di Indonesia membuktikan bahwa salah satu syarat bagi suatu negara hukum adalah adanya jaminan atas HAM.[7]Khususnya perlindungan atas hak untuk hidup (*rights of life*), bagi terpidana mati. Oleh karena itu dari latar belakang di atas, fokus kajian tulisan ini adalah: Bagaimanakah konsepsi HAM Islam dan HAM Barat tentang universalisme HAM (hak hidup/*rights of life*) dalam konteks hukuman mati?

Konsep Universalitas Hak Asasi Manusia (Hak Hidup/*Rights of Life*)

HAM diartikan sebagai hak-hak dasar atau hak-hak pokok yang dibawa manusia sejak lahir, sebagai anugerah atau karunia dari Allah Yang Maha Kuasa.[8] HAM adalah hak-hak yang dimiliki manusia semata-mata karena ia manusia. Umat manusia memilikinya bukan karena diberikan kepadanya oleh masyarakat atau berdasarkan hukum positif, melainkan semata-mata berdasarkan martabatnya sebagai manusia.[9] Dalam arti ini, meskipun setiap orang terlahir dengan warna kulit, jenis kelamin, bahasa, budaya dan kewarganegaraan yang berbeda-beda, ia tetap mempunyai hak-hak tersebut. Inilah sifat universal dari hak-hak tersebut. Selain bersifat universal, hak-hak itu juga tidak dapat dicabut (*inalienable*). Artinya seburuk apapun perlakuan yang telah dialami oleh seseorang atau betapapun negatifnya perlakuan seseorang, ia tidak akan berhenti menjadi manusia dan karena itu tetap memiliki hak-hak tersebut. Dengan kata lain, hak-hak itu

7 Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia,* (Jakarta: Pusat Studi HTN UI Jakarta, 1981), hlm. 19.

8 Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Masyarakat Indonesia,* (Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987), hlm. 39.

9 Jack Donnely, *Universal Human Rights in Theory and Practice,* Cornell University Press, Ithacaand London, 2003, hlm. 7-21. Lihat Juga, Maurice Cranston, *What are Human Rights?*(New York: Taplinger, 1973), hlm. 70.

melekat pada dirinya sebagai makhluk insani.[10] Dari pengertian diatas kemudan lahirlah paham persamaan kedudukan dan hak antara umat manusia berdasarkan prinsip keadilan, persamaan, yang memberikan pengakuan bahwa manusia mempunyai hak dan kewajiban yang sama tanpa membedakan jenis kelamin, ketidaksempurnaan fisik, ras suku, agama dan status sosial.[11]

Menurut James, HAM merupakan hak-hak yang bersifat universal yang dimiliki oleh manusia semata-mata karena posisinya sebagai manusia. Pandangan ini menunjukan secara tidak langsung bahwa karakteristik seperti ras, jenis kelamin, agama, kedudukan sosial dan kewarganegaraan tidak relefan untuk dipersoalkan apakah seseorang memiliki atau tidak memiliki hak asasi manusia. Hal ini mensyiratkan bahwa hak-hak tersebut dapat diterapkan diseluruh dunia.[12]

Dalam HAM terdapat prinsip universal dan mengikat, sehingga prinsip penghormatan (*to respect),* perlindungan (*to protect*) dan pemenuhan (*to fulfill*) HAM di gambarkan sebagai *"jus cogens"*. Yaitu, suatu prinsip hukum internasional dasar bahwa negara-negara tidak dapat menolak karena kesepakatan bersama. Prinsip tersebut adalah hak untuk hidup.Hak untuk hidup (*rights to life*) adalah hak yang mendasar bersifat universal. Hak untuk menyatakan kehidupan manusia sendiri. Tidak ada yang dapat memaksa manusia untuk melakukan apa pun, tidak ada yang dapat melukai manusia dengan cara apapun, dan diatas semua, tidak ada yang dapat mengambil hidup manusia (tanpa persetujuan).[13]

---

[10] Knut D. Asplund dan Rhona K. M. Smith, *Hukum dan Hak Asasi Manusia,* dalam Suparman Marzuki, Eko Riyadi (ed.), (Yogyakarta: PUSHAM UII, 2008), hlm. 8.

[11] Udiyo Basuki,"Perlindungan Hak Asasi Manusia di Indonesia (Ulasan ter-hadap Beberapa Ketentuan UUD 1945)"dalam *Jurnal Asy-Syir'ah*Vol.8 Tahun 2001, hlm. 96.

[12] James W. Nickel, *Making Sense of Human Rights Philosophical Reflection on the Universal Declaration pf Human Rights,* Aliha bahasa Titi S., dan Eddy Arini, (Jakarta: Gramedia, 1996), hlm. 10.

[13] Raden MasJieang, http://id.shvoong.com/law-and-politics/administrative-law, pengertian-hak-untuk-hidup. 26-06-2017.

Hak untuk hidup (*rights to life)* merupakan katagori *non-derogable rights. Non-derogable rights* yaitu HAM yang tidak dapat dicabut, ditunda atau dikurangi pemenuhannya dalam situasi apapun atau keadaan apapun.[14]*Non-derogable rights* ini dirumuskan dalam Perubahan UUD 1945yang menyatakan sebagai berikut: "*Hak untuk hidup, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun*".[15]

Sebelum *non-derogable rights* dirumuskan dalam UUD 1945 hasil Amandemen, sudah ditegaskan pula di dalam Tap MPR No. XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia,yang menyebutkan: "Hak untuk hidup,adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non-derogable rights*)".[16] Hak untuk hidup dipertegas kembali dalam UU No. 29 Tahun 1999 tentang HAM, yang dinyatakan bahwa hak untuk hidup, adalah *hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun*".[17] Mengkaji hak untuk hidup yang terdapat di dalam perundang-undangan Indonesia, tidak terlepas dari perjanjian internasional HAM yang mengatur mengenai *non-derogablerights*, yaitu hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun juga. Ketentuan ini dalam hukum internasional dikenal melalui Rejim Pasal 4 ayat (1) *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR).

Di dalam ICCPR dijelaskan,salah satu hakyang sama sekali tidak boleh dikurangi karena sangat mendasar yaitu: hak atas hidup (*rights to life*). Negara-negara pihak yang melakukan pelanggaran terhadap hak ini, akan mendapat kecaman sebagai negara yang telah melakukan pelanggaran serius hak asasi manusia (*gross violation of human rights*).[18] Dalam keadaan darurat sekalipun, meskipun suatu

---

14 Adnan Buyung Nasution dan A. Patra M. Zen (ed/penerjemah), *Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia,* (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2006), hlm.. 88.

15 Lihat Pasal 28 I ayat (1)UUD Tahun 1945.

16 Lihat Pasal 7 Tap MPR No. XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia.

17 Lihat Pasal 4 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

18 Miftahul Huda, http://www.miftakhulhuda.com. non-derogable-rights.26-06-2017.

negara dalam keadaan *emergency*, maka tidak diperbolehkan adanya penundaan atau pengurangan terhadap hak-hak tertentu. Hak-hak itu ialah sebagaimana dicantumkan dalam beberapa pasal dalam ICCPR yang mengatur mengenai *rights to life*.

Rumusan UUD 1945 dalam hal ini Pasal 28I ayat (1) dalam hal ini memiliki semangat yang sama dengan ICCPR. Bahwa dalam prinsipnya terdapat beberapa hak dan kebebasan asasi manusia yang dapat dibatasi, bahkan ditunda dikurangi penikmatannya dalam keadaan-keadaan tertentu. Namun begitu, ada beberapa hak yang terbilang sebagai hak yang tak dapat dikurangi penikmatannya dalam keadaan apapun. Pengurangan mana akan mendapat stigma sebagai pelanggaran HAM. Kendati terdapat perbedaan di sana sini antara UUD 1945 dan ICCPR (misalnya dengan tidak dinyatakannya oleh UUD 1945 hak untuk tidak diperlakukan maupun dihukum secara kejam, tidak manusiawi, dan merendahkan sebagai hak yang tak dapat dikurangkan dalam keadaan apapun), namun hak hidup adalah hak yang sama-sama dinyatakan dalam kedua instrumen sebagai hak yang terbilang sebagai *non-derogable rights*. [19]

Membicarakan hak hidup,maka tidak terlepas dari hukuman mati.[20] Hukuman mati diatur di dalam Protokol Kedua Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik. Protokol kedua ini di adopsi dan diproklamirkan oleh Resolusi Majelis Umum 44/128,

---

[19] Hak hidup sebagaimana dijamin dalam Pasal 28A adalah hak yang mendasar bagi setiap manusia. Segala hak dan kebebasasn hanya bisa dinikmati jika manusia dalam keadaan hidup. Tak mengherankan jika hak ini dicantumkan di dalam Pasal pembuka Bab XA yng mengatur mengenai hak asasi manusia. Disebutkan dalam Pasal 28A bahwa setiap orang berhak untuk hidup serta mempertahankan hidup dan kehidupannya.

[20] Hak hidup ini seharusnya memiliki konotasi yang lebih luas, hal ini menjadi kewajiban negara untuk memastikan bahwa setiap ibu melahirkan dapat menjalani persalinan dengan selamat merupakan katagori hak untuk hidup. Atau kewajiban negara untuk memastikan bahwa taida satupun orang di dalam jurisdiksi suatu negara boleh mati karena kelaparan atau penyakit yang sesungguhnya bisa tertangani.

15 Desember 1989.[21] Protokol ini di promosikan dengan tujuan menghapus hukuman mati. Hal ini ditegaskan bahwa negara-negara Pihak pada Protokol ini berkewajiban mempercayai bahwa penghapusan hukuman mati memberikan sumbangan pada perbaikan martabat manusia dan perkembangan progresif hak asasi manusia (HAM).[22] Namun, konsep HAM sendiri terkait dengan hak untuk hidup khususnya terkait dengan hukuman mati, saat ini masih menjadi perdebatan yang belum selesai, termasuk perdebatan antara Islam dan Barat.

Perdebatan HAM Islam dan HAM Barat Terhadap Praktik Hukuman Mati

Perkembangan wacana global tentang HAM, memberikan penilaian tersendiri bagi posisi Islam. Hubungan HAM dan Islam muncul menjadi isu penting mengingat di dalamnya terdapat interpretasi yang beragam yang terkesan mengandung perdebatan yang sengit. Perkembangan politik global memberikan implikasi tersendiri antara hubungan Islam dan Barat.[23] Terdapat perbedaan-perbedaan yang mendasar antara HAM konsep Islam dan HAM konsep Barat. Islam dan Barat, menurut A.K Brohi, sebenarnya mengupayakan tercapainya pemeliharaan HAM dan kemerdekaan fundamental individu dalam masyarakat, namun perbedaan konsep HAM Islam dan Barat terletak pada pendekatan yang digunakan, sebagaimana ditegaskan sebagai berikut:

> *"Both Islam and the West attach the highest importance to the preservation of human rights and the fundamental freedom of the individual in society. Yet despite their common aim, their approach differs widely. In the West concern for the individual springs from an athropocentric view of the world*

---

21 Teks Protokol Kedua ini diterjemahkan dalam bahasa Cina, Inggris, Prancis, Rusia, dan Spanyol yang mempunyai kekuatan hukum yang sama. Lihat Pasal 11 Protokol Kedua Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik.

22 Lihat Pasal 1 Protokol Kedua Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik.

23 Majda El-Muhtaj, *Hak Asasi Manusia Dalam Konstitusi Indonesia: Dari UUD 1945 Sampai Dengan Amandemen 1945 tahun 2002,* (Jakarta: Kencana, 2009), hlm. 56.

in which man is the measure of all things. In Islam the view is theocentric: God is supreme and man exsist solely to serve Him. It may appear from this that man has norights, only duties. Since within the totality of Islam man's duty to God embraces both his duty to society and to every other individual, paradoxically the rights of each are protected by the obligations of all under Divine Law".[24]

Kualifikasi HAM Barat semata-mata hanya bersifat *antroposentris*, di mana manusia merupakan ukuran terhadap segala sesuatu (segala sesuatu berpusat pada manusia), manusia dilihat sebagai pemilik sepenuhnya hak tersebut. HAM Barat bersumber peda pemikiran filosofis semata, karena ia sepenuhnya produk otak manusia. Berdasarkan atas pandangan yang bersifat *anthroposentris* tersebut, maka nilai-nilai utama dari kebudayaan Barat seperti demokrasi, institusi sosial sebagai perangkat yang mendukung tegaknya HAM, itu berorientasi kepada penghargaan kepada manusia. Dengan kata lain, manusia menjadi sasaran akhir dari pelaksanaan HAM tersebut.[25]

Sedangkan kualifikasi HAM Timur, dalam hal ini Negara Islam, memaknai konsep HAM lebih bersifat *theosentris* (segala sesuatu berpusat kepada Tuhan). Artinya, Islam lebih memihak hak Tuhan dari pada hak hak pribadi. Manusia dalam hal ini dilihat hanya sebagai makhluk yang dititipi hak-hak dasar dari Tuhan, bukan sebagai pemilik mutlak. Oleh karena itu, manusia wajib memeliharanya sesuai dengan aturan Tuhan. Penggunaan hak tersebut tidak boleh bertentangan dengan keinginan Tuhan.[26] HAM dalam konsep Timur (Islam) jelas berorientasi *theosentris,* sehingga larangan dan perintah lebih didasarkan atas ajaran Islam yang bersumber dari Al-Qur'an dan Hadist. Disini Al-Qur'an menjadi transformasi dari kualitas kesadaran manusia. Manusia di perintah untuk hidup dan bekerja di dunia ini dengan kesadaran penuh bahwa ia harus menunjukan kepatuhannya kepada kehendak

---

24 A.K. Broki, "Islam and Human Rights", dalam Altaf Gauhar (ed.), *The Challenge of Islam,* (London: Islamic Council of Europe, 1978), hlm. 176.

25 Ahmad Kosasih, *HAM dalam Persepektif Islam: Menyikapi Persamaan dan Perbedaan antara Islam dan Barat,* (Jakarta: Salemba Diniyah, 2003), hlm. 37.

26 *Ibid,* hlm. xxii.

Allah. Mengakui hak-hak dari manusia adalah sebuah kewajiban dalam rangka kepatuhan kepada Allah.[27]

HAM dalam konsep Islam didasarkan pada premis bahwa aktifitas manusia sebagai khalifah di muka bumi. Sedangkan Barat, bagaimanapun percaya bahwa pola tingkah laku hanya ditentukan oleh hukum-hukum negara atau sejumlah otoritas yang mencukupi untuk tercapainya aturan-aturan publik yang aman. Dengan kata lain, dari segi prosedurnya adalah guna mempengaruhi kondisi batin manusia dari luar.[28]

Menurut Alwi Shihab, HAM dalam persepktif Barat, itu menempatkan manusia dalam satu seting dimana hubunganya manusia dengan Tuhan sama sekali tidak disebut. HAM dinilai sebagai perolehan alamiah sejak kelahiran. Perbedaan persepsi tentang manusia, hak-hak, berikut nasibnya merupakan salah satu sebab-sebab utama yang memicu konflik antara dunia Barat sekuler dan Islam. Sedangkan HAM dalam perspektif Islam, mengaggap dan meyakini bahwa HAM merupakan anugerah dari Tuhan. Oleh karenanya, setiap individu akan merasa bertanggungjawab kepada Tuhan.[29]

Selain itu, kualifikasi HAM dalam perspektif Barat lebih mengutamakan hak dari pada kewajiban, karena itu, HAM dalam konsep Barat lebih terkesan individualistik. Dalam hal ini, penggunaan hak oleh seseorang kurang memperhatikan kewajiban memelihara hak-hak orang lain. Sedangkan HAM dalam perspektif Islam selain memperhatikan hak, juga mengutamakan kewajiban pada seseorang. Dalam Islam, penggunaan hak-hak individual tidak boleh merugikan atau merusak HAM orang lain.[30] Menurut Muhammad Alim, yang dimaksud dengan HAM disini adalah yang bertimbal balik dengan kewajiban asasi manusia (KAM). Artinya, setiap manusia selain memiliki HAM, juga dibebani KAM yang

---

27 Wahyu M.S, *Wawasan Ilmu Sosial Dasar,* (Surabaya: Usaha Nasional, 1986), hlm. 106.

28 M.I. Patwari dalam Tahir Mahmood (ed.), *Human Rights in Islamic Law,* (New Delhi: Jamia Nagar, 1993), hlm. 62.

29 Alwi Shihab, *Islam Inklusif Menuju Sikap Terbuka dalam Beragama,* (-: Mizan, 1998), hlm. 197).

30 Ahmad Kosasih, *HAM dalam Persepektif Islam: Menyikapi,* hlm. xxii.

harus dipenuhi, sehingga antara hak dan kewajiban berjalan seimbang, yang pada giliranya memberi dimensi keharmonisan di dalam hidup individu, masyarakat, bangsa dan negara, bahkan antar negara.[31]

Hal ini ditegaskan kembali oleh Hasyim Muzadi, yang menyatakan bahwa HAM yang lahir dari Barat telah cacat sejak semula. Hal ini dikarenakan HAM barat lahir dari proses sekulerisasi liberal, berawal dari sejarah kelam peran gereja, yang lalu menjadi pemberontakan liberal buatan manusia. Berawal dari Magna Charta di Inggris, pada tahun 1252, menjadi "*Bill of Rights*" dan kemudian berlanjut menjadi DUHAM PBB. Pada prakteknya HAM yang dilahirkan dan dikampanyekan Barat hanya menjadi alat penindas penjajah Barat terhadap dunia Islam dan negara-negara lemah lainnya, dengan kedok membela HAM. Faktanya Barat dengan kiprahnya selama menjalankan sistem pendzoliman manusia oleh manusia lainnya, dalam seluruh aspek kehidupan.[32]

Sementara itu, Islam yang merupakan agama wahyu, dimana seluruh aspek kehidupan diatur secara sempurna dalam syariat Islam, telah mengenal dan memberlakukan HAM ala Islam dengan sebaik-baiknya. Dalam Islam dikenal istilah, "*Maqashid as-Syariah*"[33]

---

31 Muhammad Alim, *Asas-asas Negara Hukum Modern dalam Islam: Kajian Komprehensif Islam dan Ketatanegaraan,* (Yogyakarta: LkiS, 2010), hlm. 132.

32 Hasyim Muzadi,*Islam Lebih Faham HAM Ketimbang Barat*, dipublikasikan oleh M. Fachry, Date: 05-06-2017.http://www.al-mustaqbal.net/berita-view-455.html. 28-06-2017.

33 Maqashid Syariah atau bisa juga disebut dengan 5 Jaminan Maslahat yang diberikan kepada umat manusia tersebut adalah :Memberikan perlindungan terhadap aspek keimanan (hifz din), kehidupan (hifzd nafs), akal (hifz 'aql), keturunan (hifz nasl) dan harta benda mereka (hifz mal).Ke-5 Jaminan Maslahat seluruh umat manusia tersebut terbukti telah dijamin oleh Islam sepanjang kekuasaan peradabannya, selama kurang lebih 15 abad. Untuk menjamin ke-5 hal tersebut, umat Islam menerapkan prinsip keadilan, yang oleh para fuqaha dipandang sebagai substansi *maqashid asy-syariah*. Islam tegas sekali dalam menegakkan tujuannya untuk menghapuskan segala bentuk kezhaliman (dzulm) dari masyarakat manusia, yang merupakan istilah universal Islam untuk pengertian komprehensif anti segala bentuk ketidakadilan, eksploitasi, perampasan dan pelanggaran hak-hak. Hasyim Muzadi menegaskan bahwa saat ini seluruh umat manusia dipersilahkan

atau tujuan utama pemberlakuan syariat Islam, yang apabila aturan-aturan tersebut di terapkan secara murni dan konsekuen, maka HAM setiap manusia di seluruh muka bumi ini akan terjamin. Tegasnya perbedaan antara Islam dan Barat dalam memandang konsep HAM, yang pertama lebih bersifat religius (ketuhanan), sedangkan Barat lebih bersifat sekuler. Dunia barat berorientasi hanya kepada manusia (pribadi), maka pertanggungjawabannya juga kepada manusia semata. Sedangkan Islam, orientasinya kepada Tuhan, maka pertanggungjawabannya selain kepada manusia juga kepada Tuhan Yang Maha Esa.[34]

Dari perbedaan cara pandang antara Islam dan Barat terhadap pemaknaan konsep HAM, hal ini berimplikasi terhadap perbedaan cara pandang dalam menyikapi makna hak untuk hidup (*rights to life*) itu sendiri, khusunya terkait hukuman mati dan perbedaan tersebut berdampak luas kepada kritikan dan tuduhan negatif terhadap hukum pidana Islam, yang mana hukum pidana Islam sendiri yang bersumber dari Tuhan atau Al-Quran dan Hadist yang jelas membolehkan atau mengesahkan terhadap hukuman mati terhadap manusia.

Hukuman mati inilah yang menjadi perdebatan, disatu sisi hukuman mati dianggap sebagai salah satu instrumen untuk menimbulkan efek jera dan menekan tingginya angka kejahatan. Namun, di sisi lain hukuman mati dianggap sebagai pidana yang paling kejam dan tidak manusiawi bahkan secara ekstrim dianggap sebagai pidana yang menyebabkan hilangnya HAM yang paling pokok bagi manusia yakni hak untuk hidup. Pro dan kontra terhadap hukuman mati di sebabkan cara pandang konsep HAM yang berbeda. Barat memaknai konsep HAM dalam hal ini hak untuk hidup manusia semata-mata hanya bersifat *antroposentris*(hak sepenuhnya milik manusi). Sedangkan Islam memaknai konsep hak untuk hidup lebih bersifat *theosentris* (manusia dititipi hak oleh Tuhan).[35]

---

untuk membandingkan konsep HAM barat dengan HAM yang sudah sejak lama diterapkan oleh Islam (Maqashid Asy Syariah). *Ibid.*

34 Ahmad Kosasih, *HAM dalam Persepektif Islam,* hlm. 37-39.

35 Persoalan *theosentris* dan *athoposentris* dalam konteks hak dan kewajiban as-asi manusia adalah apabila terjadi perbedaan antara kepentingan manusia dan

Hal ini tentu wajar jika dikalangan umat muslim pada umumnya khususnya Islam radikal, mendambakan kebangkitan hukum syar'ah yakni hukum pidana Islam sebagai hukum yang berlaku, yang tentunya memberlakukan kembali hukuman *qisas* yang dalam hal ini adalah hukuman mati. Dasar hukum yuridis tentang hukuman mati di dalam hukum pidana Islam di ambil dari beberapa surat, diantaranya adalah: al-Baqarah(2): ayat 178, al-Maidah (5): ayat 45, an-Nisa (4): ayat 92 dan 93. Hal ini semakin kuat anggapan bahwa hukuman mati adalah perintah Tuhan yang wajib untuk dijalankan, tanpa mendang kontekstualisasi ayat terhadap makna HAM dan keadilan.[36]

Al-Qurtubi menjelaskan,bahwa prinsip dasar hukum ayat Al-Qur'an tentang hukuman mati di atas yaitu: "*jiwa dibalas dengan jiwa*". Seorang pembunuh akan dijatuhi hukuman *qisas* tanpa memandang siapa yang membunuhnya. Laki-laki akan di *qisas* jika membunuh perempuan, seorang tuan akan di *qisas* jika membunuh budak, dan seorang muslim pun juga akan di *qisas* (dibunuh), jika membunuh kaum *zimmi* (non muslim yang tinggal di negeri muslim). Bahkan orang tua yang membunuh anaknya pun tetap dikenai hukamn *qisas*. Namun, yang membunuh orang kafir, Al-Qurtubi berpendapat tidak dibunuh berdasarkan ketentuan hadist.[37]

Dalam kitab-kitab fikih, pembahasan tentang hukuman mati menjadi bagian dari pebahasan tentang kriminalitas (*al-jinayah*) seperti pencurian (*al-sariqah*), minuman keras (*al-khamr*), perzinaan (*al-zina*), hukum balas/timbal balik (al-qishas), pemberontakan (*al-bughat),* dan perampokan (*qutta'u tariq*). Dalam wilayah lain, hukuman mati juga dijatuhkan kepada pelaku perzinaan dalam bentuk dilempar batu hingga mati (*al-rajam*) untuk pelaku perzinaan yang sudah menikah. Juga hukuman mati dilakukan dalam kasus

---

Tuhan, benar menurut manusia, akan tetapi tidak menurut Tuhan. Lihat: Nasruddin Razak, *Dienul Islam,* (Bandung: PT. Al-Ma'arif, 2003), hlm. 25.

36 Ali Sodiqin, *Hukum Qisas: Dari Tradisi,* hlm. 110.

37 Hadis tersebu tberbunyi: " *tidak dibunuh muslim yang membunuh orang kafir"* lihat: Abi Abdilah Muhammad Ibn Ahmad al-Anshary al-Qurtubi, *Al-Jami' Li Ahkam al-Qur'an,* vol. 1 (Beirut: Dar Ihya at-Turas al-Araby, 1967), hlm. 247-248.

pemberontakan (*al-bughat*) dan pindah agama (*al-riddah*) yang dikenal sebagai hukuman (*al-had/al-hudud*) atas pengingkaran terhadap Islam. Termasuk dalam kasus meninggalkan ibadah salat, beberapa ulama mempersamakannya dengan murtad (*al-riddah*). Imam Ahmad bin Hanbal mengatakan, "Orang yang meninggalkan shalat adalah kafir, kekafiran yang menyebabkan orang tersebut keluar dari Islam, di ancam hukuman mati, jika tidak bertaubat dan tidak mengerjakan shalat.[38]

Dalam pandangan Barat terhadap hukum *qisas* sebagaimana di atas, merupakan pelanggaran HAM berat yang mesti tidak perlu dilakukan, hal ini dipengaruhi oleh metode berfikir Barat yakin *athoposentris,* yang memandang bahwa hak pribadi atau hak manusia yang seharusnya dibela serta di pertahankan dan tidak ada seorang pun atau institusi manapun yang berhak atau berwenang untuk mencabut nyawa manusia. Selain faktor diatas, faktor teologis juga mempengaruhi konsep metode berfikir Barat terhadap pandanganya kepada hukum pidana Islam, yang mana Barat yang dalam hal ini non-muslim sama sekali tidak meyakini dan beriman kepada Al-Qur'an dan Hadist, sehingga ketentuan yang terdapat di dalam hukum pidana Islam yakin *qisas* (hukuman mati) merupakan ketentuan yang tidak relevan dan melanggar hukum kodrati.

Sistem hukum pidana mati yang diterapkan oleh Negara-negara Islam (sistem hukum Islam) maupun Negara-negara yang tidak menggunakan sistem hukum Islam namun tetap menerapkan hukuman mati dalam faktanya banyak menuai pro dan kontra. Pro dan kontra muncul dari negara yang menerapkan hukuman mati sendiri maupun kecaman dari dunia Internasional (PBB).[39] Sebagai contoh negara Islam yang cukup tegas menerapkan hukuman mati adalah Kerajaan Arab Saudi. Konstitusi negara ini secara tegas

---

[38] Usman Hamid, "*Kontra Terorisme: Menghukum Teroris dan Melindungi Hak Asasi Manusia",*http://makaarim.wordpress.com.beberapa-pandangan-tentang-hukuman-mati-death-penalty-dan-relevansinya-dengan-perdebatan-hukum-di-indonesia. 26-06-2017.

[39] Habib Shulton Asnawi, "Status Hukum dan HAM Anak dalam Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia," *ISTINBATH: Jurnal Hukum* 12, No. 2(2015): 23, http://e-journal.metrouniv.ac.id/index.php/istinbath/article/view/581.

menyatakan bahwa hukum yang berlaku di negara tersebut adalah hukum Islam. Berdasarkan data, sejak Mei 2013, Arab Saudi telah mengeksekusi 47 pelaku kejahatan berat. Sementara di 2012 dan 2011 Arab Saudi melakukan eksekusi mati terhadap 82 orang.[40] Dikutip dari laman *boombastis.com*, tahun 2015 sebanyak 157 orang telah dieksekusi dengan cara dipancung.[41] Meskipun Negara Arab Saudi sebagai salah satu Negara yang menerapkan hukuman mati, faktanya masih banyak aktifis khususnya aktifis HAM Arab Saudi yang tidak setuju dengan penerapan hukuman mati. Namun kedaulatan hukum tetaplah berada pada pemerintah pusat (Presiden, Perdana Menteri atau Raja) sehingga praktik hukuman mati tetaplah diterapkan.[42]

Di Indonesia sendiri merupakan Negara yang menerapkan sistem hukuman mati. Namun Indonesia bukan Negara Islam atau Negara yang menggunakan sistem hukum Islam, melainkan Negara hukum yang berlandaskan Pancasila dan UUD 1945.[43] Indonesia dalam menerapkan hukuman mati bukan berdasarkan hukum pidana Islam. Politik hukum yang digunakan dalam penerapan hukum mati di Indonesia adalah karena memerintah Indonesia melihat dan mempertimbangkan penerapan hukuman mati memberikan dampak kemashlahatan yang lebih luas untuk bangsa

---

40 Pecinta Ilmu, "Penerapan Hukuman Mati Di Arab Saudi: Kejahatan Apa Saja Yang Diancam Hukuman Mati di Arab Saudi?" http://www.putramelayu.web.id/2015/06/penerapan-hukuman-mati-di-arab-saudi.html.diun- duh10-10-2017.

41 Rizka Diputra, "Empat Negara Islam Ini Konsisten Terapkan Hukuman Pancung",https://news.okezone.com/read/2016/03/14/18/1335338/empat-negara-islam-ini-konsisten-terapkan-hukuman-pancung. di unduh 10-10-2017.

42 Habib Shulton Asnawi, "Politik Hukum Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010Tentang Status Anak di Luar Nikah: Upaya Membongkar Positivis-me Hukum Menuju Perlindungan HAM," *Jurnal Konstitusi* 10, no. 2 (20 Mei 2013): 34, http://ejournal.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php/jk/article/view/103.

43 Habib Shulton Asnawi, "Membongkar Paradigma Positivisme Hukum dalam Pemberantasan Korupsi di Indonesia: Pemenuhan Hak Asasi Manusia dalam Negara Hukum," *SUPREMASI HUKUM: Jurnal Ilmu Hukum*, 2013, http://www.aifis-digilib.org/uploads/1/3/4/6/13465004/02._ham_islam_dan_barat_habib_shulton_asnawi.pdf.

Indonesia. Negara Indonesia memang mengakui secara teori HAM atau konsep hak hidup (*rights of life*) bersifat *universal absolute* sebagaimana dijelaskan dalam UUD 1945.

Namun dalam implementasinya HAM di Negara Indonesia dapat dibatasi atau dikurangi berdasarkan hukum atau undang-undang demi ketertiban, kepentingan dan kemashlahatan bangsa yang lebih luas. Artinya konsep HAM *universal absolute* yang diatur di dalam DUHAM dalam konteks Negara Indonesia HAM dapat di maknai dan implementasikan menjadi HAM relatif kontekstual.[44] HAM di Indonesia telah direduksi maknanya menjadi "hukum" yang penegakannya dibatasi. Pembatasan dilakukan atas bagaimana menginterprestasi pasal-pasal dalam kitab perundang-undangan.[45] Meskipun Indonesiatelah meratifikasi Konvensi internasional yaitu *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), yang kemudian lahir UU No. 12 Tahun 2005 tentang Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik, yang kemudian di perkuat dengan dengan Protokol Opsional Kedua Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik, namun hukuman mati masih di berlakukan di Negara Indonesia.[46] Artinya bahwa dalam penerapan hukuman mati

---

44 Habib Shulton Asnawi, "HAM dalam Ruang Domestik: Studi terhadap UU. No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT," *Al-Mawarid Jurnal Hukum Islam* 11, no. 2 (2011): 195–210, http://www.jurnal.uii.ac.id/index.php/JHI/article/view/2861.

45 "Penegakan HAM di Indonesia Mengalami Reduksi Makna". https://www.ugm.ac.id/id/berita/725-penegakan.ham.di.indonesia.mengalami.reduksi.makna. akses 10-10-2017

46 Ada beberapa faktor penyebab perjanjian internasioanl di bidang HAM tidak dapat ditegakkan oleh negara setelah diikuti. Salah satu faktornya ialah: *Pertama,* perancangan dan pembentukan berbagai pembentukan perjanjian internasional dibidang HAM yang sangat terdeviasi (bias) oleh kerangka berfikir (*fremework of thinking*). *Kedua,* menyangkut tujuan pembentukan perjanjian internasional di bidang HAM khususnya ICCPR dan Protokol Kedua, yang dibuattidak untuk tujuan mulia penghormati dan melindungi HAM khususnya hak untuk hidup, melainkan lebih bersifat politis. *Ketiga,* perjanjian internasional di bidang HAM setelah diikuti, kerap hanya mendapatkan perhatian secara setengah hati oleh negara Berkembang. Lihat: Juwana,Hikmahanto, Pemberdayaan Budaya Hukum dalam Perlindungan HAM di Indonesia; HAM dalam Perspektif Sistem Hukum Internasional,

pemaknaan HAM di Negara Indonesia bukan berdasarkan HAM Barat yang bersifat individualistik namun juga tidak mendasarkan kepada sistem hukum pidana Islam.

Menurut hemat penulis, bahwa perlu pertimbangan ketika hukum pidana Islam di hidupkan kembali dalam sistem hukum kontemporer. Para pendukung Islamisasi,pakar hukum jarang mengupas beberapa faktor ini secara spesifik dan meyeluruh. Yang menjadi persoalan adalah apakah hukum Islam dalam hal ini hukum pidana Islam benar-benar hukum Tuhan (*divine law*), apakah tidak ada campur tangan manusia di dalamnya. Padahal jika ditelusuri konteks *asbabun-nuzul* ayat di atas, produk hukum tersebut awalanya jelas-jelas berbasis pada praktik hukum dalam budaya lokal Arab pada saat itu. Sistem hukum pra Islam adalah sistem "pembalasan dendam" (*vendetta* atau *lex talionis* atau *sa'r*).[47] Praktik ini berlangsung lama di kalangan masyarakat Arab, sistem "balas dendam" ini dikenal dengan istilah *qisas*.[48]

Pelaksanaan hukum *qisas* pra Islam merupakan cara penyelesaian jika terjadi kasus pembunuhan di antara suku-suku Arab. Jika satu anggota suku membunuh anggota suku lain, maka penyelesaiannya adalah dengan melakukan pembunuhan juga. Praktik Hukuman *qisas* ini dilaksanakan untuk mengendalikan keamanan antar kelompok suku dan untuk memelihara perdamaian.[49] Oleh sebab itu, perlu di sadari bahwa pada dasarnya Allah SWT menurunkan Al-Qur'an dengan menggunakan pendekatan budaya. Penegasan ini utamanya berkenaan dengan adanya dua aspek yang menyertai turunnya ayat-ayat Al-Qur'an, yakni aspek historis dan aspek antropologis. Diturunnya hukum *qisas* di dalam Al-Qur'an, tidak lain merupakan suatu bentuk inkulturasi Al-Qur'an terhadap tradisi Arab. Untuk itu, perlu alternatif lain, bukan untuk mengutak-atik ketentuan Al-Qur'an, akan tetapi melakukan kajian ulang untuk mengkontekstualkannya.

---

dalam Muladi (ed.), *Hak Asasi Manusia: Hakikat, Konsep dan Implikasinya dalam Persepektif Hukum dan Masyarakat,*Bandung: PT Rafika Aditama, 2009.

47 Bassam Tibi, *Islam and the Cultural Accommodations of Social Change,* (Oxford: Westview Press, 1991), hlm. 40.

48 Ali Sodiqin, *Hukum Qisas: Dari Tradisi,* hlm. 34.

49 *Ibid.*

Terkait dengan problem di atas, dalam hal ini terdapat kelompok yang setuju dan kelompok yang tidak setuju.

Kelompok Pro dan Kontra Terhadap Sistem Hukman Mati

Pidana mati dapat dikatakan sebagai salah satu jenis pidana yang tertua dan paling kontroversial di seluruh dunia. Selain itu, juga dapat dikatakan bahwa hukuman mati merupakan hukuman paling kejam, karena dalam pelaksanaannya terkait dengan hidup matinya seseorang. Oleh karena itu wajar, jika hukuman mati merupakan suatu problem yang kontroversial, dalam arti ada dua pemikiran dengan pangkal tolak yang sama akan tetapi berakhir dengan hasil yang berlawanan. Bahkan kontroversial pula karena tidak pernah ada kata sepakat tentang sarana pelaksanaan hukuman mati, sehingga semuanya itu mengakibatkan perdebatan yang tidak akan pernah berakhir.[50]

Berkaitan dengan problema dalam penerapan hukuman mati ini khususnya jika diakaitkan dengan HAM maka ada beberapa hal yang menjadi dasar pertimbangan. Diantaranya adalah kekhawatiran adanya kemungkinan kesalahan hakim (*gerchtelijke dweling*) dalam menjatuhkan hukuman yang kemudian berimplikasi kepada Keputusan Hakim yang tidak sesuai dengan kesalahan seseorang bahkan dimungkinkan terjadi *Error in Persona* (pemeberian hukuman kepada seseorang yang tidak bersalah), sehingga ini kemudian melanggar prinsip HAM di mana hak yang paling pokok yang di milik oleh seseorang di langgar, yaitu hak untuk hidup.[51]

Banyak yang berpendapat bahwa hukuman mati tidak sesuai dengan salah satu Sila dari Pancasila yakni "*Kemanusiaan yang Adil dan Beradab*", dalam hal ini hukuman mati dianggap sebagai bentuk hukum pidana yang tidak manusiawi sehingga jauh dari aspek

---

50 Yahya AZ, "Problematika Penerapan Hukuman Mati dalam Kaitanya dengan Hak Asasi Manusia (HAM)", dalam Eko Riyadi dan Supriyatno Abdi (ed.), *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia: Kajian Multi Perspektif,* (Yogyakarta: PUSHAM UII, 2007), hlm. 225.

51 Yahya AZ, Problematika Penerapan Hukuman Mati dalam, hlm. 233..

kemanusiaan. Oleh karenanya, dalam penerapannya timbul suatu problema dimana terjadi pertentangan dengan nilai-nilai kemanusiaan. Lebih spesifik pendapat-pendapat kontra hukuman mati didasarkan dengan alasan sebagai berikut:[52]

1. Hukuman mati dituding tidak memiliki landasan konstitusional. Sistem pemidanaan seharusnya ditujukan mendidik dan memperbaiki masyarakat serta pelaku pidana.
2. Dari sisi HAM, Hukuman mati tidak di perbolehkan terhadap siapa pun atas kejahatan apa pun. Seberat apa pun kesalahannya, maksimal di hukum seumur hidup. Pemerintah pun di minta mematuhi ratifikasi pasal-pasal Kovenan Hak-Hak Sipil-Politik Internasional (*International Covenant on Civil and Political Rights*) yang menghapus hukuman mati.[53]
3. Penjatuhan pidana mati oleh negara adalah pelanggaran HAM bila di lakukan sewenang-wenang atau tanpa dasar yang sah menurut hukum yang berlaku.
4. Hukuman mati adalah viktimisasi manusia kemanusia.
5. Resiko lain dari pelaksanaan hukuman mati adalah, ketika di kemudian hari ternyata terbukti ada kesalahan dalam menjatuhkan putusan dan eksekusi mati telah dilakukan, maka pemerintahanya bisa meminta maaf tanpa bisa mengembalikan nyawa si terpidana.

Sedangkan kelompok pro mengatakan bahwa menyetujui tetap diadakannya hukuman mati dengan alasan bahwa ancaman dan

---

[52] Karina Ayu Ningtyas, *Pro Dan Kontra Terhadap Hukuman Mati*, file:///G:/pro-dan-kontra-terhadap-hukuman-mati.htm. 26-06-2017.

[53] Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik yang telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia (*International Covenant on Civil and Political Rights*). Meski diakui hak hidup sebagai *non-derogable rights* (hak yang tidak dapat dikurang-kurangi), pada Pasal 6 (ayat 2, 4, dan 5) secara tekstual dinyatakan bahwa hukuman mati masih diperbolehkan dengan syarat-syarat tertentu. Sementara itu pada Pasal 6 (ayat 6) kembali ditegaskan adanya semangat Kovenan ini untuk secara bertahap dan progresif menghapuskan praktek hukuman mati. Baru pada Protokol Tambahan Kedua Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (*Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights; aiming at the abolition of the death penalty*) yang diadopsi oleh Resolusi Mejelis Umum PBB pada 15 Desember 1989, secara tegas praktek hukuman mati tidak diperkenankan.

pelaksanaan hukuman mati harus tetap ada dalam masyarakat. Mr. De Savornin, juga pro terhadap hukaman mati, ia mengatakan bahwa di dalam suatu Kitab Undang-undang tidak boleh tidak ada pengakuan bagi negara untuk mempunyai hak untuk menghilangkan nyawa dari penjahat yang tidak mengindahkan zedewet sama sekali. Hukuman mati itu tidak lain dari pada hukuman balas dendam, jika suatu kejahatan dilakukan maka kejahatan tersebut harus mendapatkan balasan.[54]

Mempertahankan hukuman mati, adalah ketertiban yang terancam akibat suatu kejahatan hanya dapat dipulihkan kembali apabila penjahat yang mengganggu ketertiban tersebut dilenyapkan dari muka bumi ini dan satu-satunya cara untuk melenyapkan penjahat tersebut adalah dengan hukuman mati. Karena hukuman mati satu-satunya hukum pidana yang dapat menghalanginya dari turut serta dalam kesejahteraan umum itu. Oleh karena itu, negara wajib mempunyai hak untuk melaksanakan hukuman mati.[55]

Jika dilihat di Indonesia, ada sarjana yang pro terhadap hukuman mati ini. Salah satunya adalah: Prof. Oemar Senoadji, SH. Mengatakan bahwa, selama negara Indonesia masih mengukuhkan diri, masih bergulat dengan kehidupan sendiri yang terancam oleh bahaya, selama tata-tertib masyarakat dikacaukan oleh manusia yang tidak mengenal prikemanusiaan, maka hukuman mati masih tetap harus diberlakukan. Selain itu, Drs. Racmad Djatmiko juga mengatakan bahwa *qisas* yang di dalamnya adalah hukuman mati, adalah suatu hukum yang perlu ada dalam suatu perundang-undangan untuk masyarakat yang banyak terdapat kezaliman, dimana para wali tidak dapat mengampuni setelah cukup syarat-syaratnya, maka pida *qisas*-lah yang lebih dapat dijalankan dan itu adalah humuna yang adil. Lebih spesifik pendapat-pendapat pro hukuman mati di dasarkan dengan alasan sebagai berikut:[56]

1. Dasar ketentuan hukuman mati di dalam hukum pidana Islam bersumber dari Al-Qur'an dan Hadis, dan ini merupakan perintah Tuhan.

---

54 Yahya AZ, Problematika Penerapan Hukuman Mati dalam, hlm. 229.

55 *Ibid.*

56 Karina Ayu Ningtyas, *Pro Dan Kontra Terhadap Hukuman Mati, Ibid.*

2. Hukuman penjara seumur hidup belum cukup memenuhi rasa keadilan masyarakat, hukuman mati lebih pantas dijatuhkan pada mereka yang telah melakukan kejahatan berat.
3. Hukuman mati bagi para pembunuh berencana dipandang sebagai kompensasi hukum dari hak hidup orang yang di bunuh dan bagi keluarga korban yang ditinggalkan
4. Hukuman mati bagi teroris juga dipandang sebagai hukuman yang setimpal dan memenuhi rasa keadilan jika di bandingkan dengan penderitaan orang-orang yang nyawa mereka terenggut dan keluarga yang ditinggalkan akibat ulah brutal terorisme
5. Hukuman mati bagi pengedar narkoba dipandang sebagai balasan karena terpidana telah merampas dan merenggut kehidupan orang-orang yang terjerumus menjadi ketergantungan narkoba, dan tidak sedikit mereka akhirnya tewas akibat mengonsumsi barang terlarang tersebut.

Kesimpulan

Dari paparan diatas, dapat disimpulkan bahwa Barat dalam memaknai konsep HAM semata-mata hanya bersifat *antroposentris*. Sedangkan di Timur, dalam hal ini Negara Islam, memaknai konsep HAM lebih bersifat *theosentris*. Sehingga wajar jika sistem hukum hukuman mati oleh Barat dianggap sebagai produk hukum yang melanggar HAM, karena paradigma HAM Barat lebih mementingkan hak individu atau hak asasi dari pada kewajiban asasi manusia. Dipihak lain, menurut kalangan Islamisasi radikal, hukum *qisas* (hukuman mati), justru akan melindungi HAM yang lebih luas.

Indonesia sendiri merupakan Negara yang masih menerapkan hukuman mati. Namun Indonesia bukanlah Negara Islam atau Negara yang menggunakan sistem hukum Islam, melainkan Negara hukum yang berlandaskan Pancasila dan UUD 1945. Negara Indonesia dalam menerapkan hukuman mati bukan berdasarkan hukum pidana Islam. Politik hukum dalam penerapan hukuman mati di Indonesia adalah karena penerapan hukuman mati dapat memberikan dampak kemashlahatan yang lebih luas untuk bangsa

Indonesia. Indonesia mengakui secara teori HAM bersifat *universal absolute*. Namun dalam implementasinya HAM di Negara Indonesia dapat dibatasi atau dikurangi berdasarkan hukum atau undang-undang demi ketertiban, kepentingan dan kemashlahatan bangsa yang lebih luas. Artinya konsep HAM *universal absolute* yang diatur di dalam DUHAM dalam konteks Negara Indonesia HAM dapat di maknai dan implementasikan menjadi HAM relatif kontekstual.

Daftar Pustaka

A.Masyhur Effendi, *Perkembangan Dimensi Hak Asasi Manusia(HAM) dan Proses Dinamika Penyusunan Hukum Hak Asasi Manusia (Hakham),* Bogor: Ghalia Indonesia, 2005.

Habib Shulton Asnawi, "HAM dalam Ruang Domestik: Studi terhadap UU. No. 23 Tahun 2004 Tentang PKDRT."*Al-Mawarid Jurnal Hukum Islam* 11, no. 2 (2011): 195–210. http://www.jurnal.uii.ac.id/index.php/JHI/article/view/286.

HabibShulton Asnawi, "Politik Hukum Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 Tentang Status Anak di Luar Nikah: Upaya Membongkar Positivisme Hukum Menuju Perlindungan HAM."*Jurnal Konstitusi* 10, no. 2 (20 Mei 2013): 34. http://ejournal.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php/jk/article/view/103.

Habib Shulton Asnawi, "STATUS HUKUM DAN HAM ANAK DALAM SISTEM PERADILAN PIDANA ANAK DI INDONESIA."*ISTINBATH: Jurnal Hukum* 12, no. 2 (2015): 167–193. http://e-journal.metrouniv.ac.id/index.php/istinbath/article/view/581.

Habib Shulton Asnawi, "Membongkar Paradigma Positivisme Hukum dalam Pemberantasan Korupsi di Indonesia: Pemenuhan Hak Asasi Manusia dalam Negara Hukum." *SUPREMASI HUKUM: Jurnal Ilmu Hukum*, 2013.

A.K. Broki, "Islam and Human Rights", dalam Altaf Gauhar (ed.), *The Challenge of Islam,* London: Islamic Council of Europe,1978.

Abdullahi An-Na'im, *Toward and Islamic Reformation: Civil Liberties,Human Rights and International Law,* Syracuse: SyracuseUniversity Press, 1990.

Abi Abdilah Muhammad Ibn Ahmad al-Anshary al-Qurtubi, *Al-Jami' Li Ahkam al-Qur'an,* vol. 1, Beirut: Dar Ihya at-Turas al-Araby, 1967.

Adnan Buyung Nasution dan A. Patra M. Zen (ed/penerjemah), *Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia,* Jakarta:Yayasan Obor Indonesia, 2006.

Ahmad Kosasih, *HAM dalam Persepektif Islam: Menyikapi Persamaandan Perbedaan antara Islam dan Barat,* Jakarta: Salemba Diniyah,2003.

Alwi Shihab, *Islam Inklusif Menuju Sikap Terbuka dalam Beragama,* Bandung: Mizan, 1998.

Bassam Tibi, *Islam and the Cultural Accommodations of Social Change,* Oxford: Westview Press, 1991.

HasyimMuzadi, *Islam Lebih Faham HAM Ketimbang Barat*, dipublikasikan oleh M. Fachry, Date: 05-06-2017.http://www.al-mustaqbal.net/berita-view-455.html. 28-06-2017.

HikmahantoJuwana, "Pemberdayaan Budaya Hukum dalam Perlindungan HAM di Indonesia: HAM dalam Perspektif Sistem Hukum Internasional", dalam Muladi (ed.), *Hak AsasiManusia: Hakikat, Konsep dan Implikasinya dalam Persepektif Hukum dan Masyarakat,*Bandung: PT Rafika Aditama, 2009.

Jack Donnely, *Universal Human Rights in Theory and Practice,* Cornell University Press, Ithacaand London, 2003, hlm. 7-21. Lihat Juga, Maurice Cranston, *What are Human Rights?,*New York: Taplinger, 1973.

James W. Nickel, *Making Sense of Human Rights Philosophical Reflectionon the Universal Declaration pf Human Rights,* Aliha bahasa Titi S.,dan Eddy Arini, Jakarta: Gramedia, 1996.

Karina Ayu Ningtyas, *Pro Dan Kontra Terhadap Hukuman Mati*, file:///G:/pro-dan-kontra-terhadap-hukuman-mati.htm. 26-06-2017.

Knut D. Asplund dan Rhona K. M. Smith, *Hukum dan Hak AsasiManusia,* dalam Suparman Marzuki, Eko Riyadi (ed.),Yogyakarta: PUSHAM UII, 2008.

M. Riza Adha Damanik, Mengkaji Ulang Universalitas HAM., *http://nusantarakusatu.wordpress.com.* 15-07-2017.

M.I. Patwari dalam Tahir Mahmood (ed.), *Human Rights in Islamic Law,* New Delhi: Jamia Nagar, 1993.

Majda El-Muhtaj, *Hak Asasi Manusia Dalam Konstitusi Indonesia:Dari UUD 1945 Sampai Dengan Amandemen 1945 tahun 2002,* Jakarta: Kencana, 2009.

Miftahul Huda, http://www.miftakhulhuda.com. non-derogable-rights. 26-06-2017.

Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata*Negara *Indonesia,* Jakarta: Pusat Studi HTN UI Jakarta, 1981.

Muhammad Alim, *Asas-asas Negara Hukum Modern dalam Islam:Kajian Komprehensif Islam dan Ketatanegaraan,* Yogyakarta: LkiS,2010.

Nasruddin Razak, *Dienul Islam,* Bandung: PT. Al-Ma'arif, 2003.

Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Masyarakat Indonesia,* Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987.

RadenMas Jieang, http://id.shvoong.com/law-and-politics/ administrative-law, pengertian-hak-untuk-hidup. 26-06-2017.

Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam: PenegakkanSyari'at dalam Wacana dan Agenda,* Jakarta: Gema Insani Press,2003.

Udiyo Basuki,"Perlindungan Hak Asasi Manusia di Indonesia (Ulasan terhadap Beberapa Ketentuan UUD 1945)"dalam *Jurnal Asy-Syir'ah*Vol. 8 Tahun 2001.

Wahyu M.S, *Wawasan Ilmu Sosial Dasar,* Surabaya: Usaha Nasional, 1986.

Yahya AZ,"Problematika Penerapan Hukuman Mati dalam Kaitanya dengan Hak Asasi Manusia (HAM)", dalam Eko Riyadi dan Supriyatno Abdi (ed.), *Mengurai Kompleksitas HakAsasi Manusia: Kajian Multi Perspektif,* Yogyakarta: PUSHAMUII, 2007.

BAB II
HAK ASASI MANUSIA DAN AGAMA

Eksistensi Penganut Aliran Kepercayaan dan Kompleksitas Hak Kebebasan Beragama di Indonesia

Ayuningtyas Saptarini dan Dina Tsalist Wildana

Pendahuluan

Pancasila sebagai norma dasar Bangsa Indonesia menjadikan Ketuhanan sebagai norma yang fundamental dari empat norma yang lain. Ketuhanan yang Maha Esa selain menjadi norma rohani yangdiyakini oleh masyarakat, juga menjadi nilai moral yang dipahami mengandung norma baik buruk, salah benar sebagai tuntunan moral masyarakat. Tidak hanya itu, sila pertama Pancasila tersebut mengandung ajaran toleransi antar umat beragama.[1] Artinya sila "Ketuhanan Pancasila" mendukung hak asasi manusia, yang didalamnya terdapat penghormatan terhadap hak untuk beragama. Oleh karena itu jika manusia meyakini kedaulatan Tuhan, maka setiap manusia yang menganut suatu agama juga harus memahami bahwa persoalan keimanan manusia adalah hak prerogatif dari Tuhan yang tidak boleh dibatasi maupun dilarang.[2]

Kebebasan untuk memilih agama maupun meyakini sebuah kepercayaan adalah hak setiap individu yang ada dan melekat dalam diri manusia sejak mereka dilahirkan. Kebebasan berkehendak yang paling sakral adalah kebebasan untuk memilih agama dan keyakinannya. Oleh karena itu sebagai sebuah hak yang sangat suci, memilih suatu agama dan keyakinan merupakan

---

1 Fatmawati Fatmawati, 'Perlindungan Hak Atas Kebebasan Beragama Dan Beribadah Dalam Negara Hukum Indonesia' (2011) 8 Jurnal Konstitusi 498 <https://ejournal.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php/jk/article/viewFile/179/176> accessed 6 May 2017.

2 Lihat Franz Magnis Suseno, *Agama, Keterbukaan, Dan Demokrasi: Harapan Dan Tantangan* (Pusat Studi Agama dan Demokrasi, Yayasan Paramadina 2015).

hubungan transendental antara manusia dengan penciptanya. Beragama berkaitan erat dengan bagaimana seseorang berkehendak bebas untuk menentukan keyakinannya dan tidak jarang pula menjurus kepada sikap yang fanatik. Fanatisme adalah sebuah sikap melahirkan sikap intoleran terhadap pemeluk agama yang berbeda dengan yang dianut oleh suatu kelompok. Tindakan intoleransi seperti menebar kebencian *(hate speech)* dan mendorong terjadinya kekerasan *(condoning)* merupakan modal buruk bagi penguatan demokrasi dan hak asasi manusia.[3] Sila Pertama memberikan ruang kepada pemeluk agama dan keyakinan yang berbeda untuk hidup berdampingan secara damai dalam kehidupan yang beragam latar belakang kebudayaan. Secara filsafati, sila pertama ini melandasi semangat kebangsaan yang menghormati keberagaman agama, keyakinan dan budaya dalam bingkai Bhinneka Tunggal Ika yang bermakna berbeda-beda tetapi tetap satu jua. Cita-cita dari sila pertama adalah semangat keberagaman yang dilandasi penghormatan tertinggi atas kemerdekaan memilih satu agama dan kepercayaan tertentu.[4]

Sila pertama dari Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum di Indonesia telah dikukuhkan kedalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 baik sebelum dan sesudah amandemen. Pasal 29 UUD 1945 menyatakan bahwa negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Artinya negara mendorong bagi warganya untuk mengimani dan meyakini agama serta menjalankan peribadatan sebagaimana agama dan kepercayaannya itu.[5] Hak beragama merupakan amanah dari UUD RI 1945 yang harus diturunkan dalam bentuk aturan yang lebih operasinal sehingga dapat dilaksanakan. Amanah itu berisi hak

---

3 Setara Institute, *Berpihak dan bertindak intoleran: intoleransi masyarakat dan restriksi negara dalam kebebasan beragama/berkeyakinan di Indonesia : laporan kondisi kebebasan beragama/berkeyakinan di Indonesia, 2008*. (Setara Institute 2009) 73.

4 LihatAndreas D Bolo and others, *Pancasila Kekuatan Pembebas* (PT Kanisius Yogyakarta 2012).

5 Undang-Undang Dasar Republik Indonesia UUD RI 1945 sebelum dan setelah Amandemen Pasal 29 (2).

kepada setiap warga negara untuk memeluk agama dan menjalankan ibadah sesuai dengan agama dan kepercayaannya.

Yang menjadi masalah adalah tentang klasifikasi agama yang diakui dan agama yang belum diakui. Agama yang berstatus sebagai agama kepercayaan atau dikenal dengan agama penghayat tidak mendapat perlakuan yang sama dalam rangka pencantuman dalam kolom agama pada KTP. Hal ini bertentangan dengan PNPS No. 1 tahun 1965 yang menjelaskan bahwa negara mengakui agama dan kepercayaan lain selain agama resmi dan memiliki hak yang sama sebagaimana disebutkan dalam UUD RI 1945 ayat 29 (2).

Meskipun agama kepercayaan tetap dicatat dalam data keendudukan, disisi lain konsekuensi kolom yang tidak diisi sebenarnya juga mengindikasikan negara melakukan diskriminasi dalam regulasi. Yang pertama, negara melakukan tindakan diskriminatif terhadap agama dengan mengisi kolom agama bagi agama-agama resmi dan mengkosongkan kolom agama pada agama kepercayaan. Ketika negara menegaskan tidak melarang adanya agama atau kepercayaan, maka negara harus memastikan aksebilitas bagi pemeluknya. Hak warga negara atas pengakuan sebagai penduduk mulai dari identitas seperti KK, KTP, Akta Nikah, Akta lahir harus diberikan dan dijamin kepastian hukum terhadap pelaksanaannya. Tidak hanya lalu memberikan, namun juga harus melakukan pengawasan dan jaminan perlindungan hukum bagi penganut kepercayaan diluar pemeluk agama resmi yang diakui negara. Sering kali warga negara yang kolom agama dalam KTPnya dikosongi atau bertanda strip, mendapat tuduhan sebagai komunis, *atheis* dan beraliran sesat dan berimbas pada isu-isu agama yang bernuansa SARA.[6] hal ini sangat tidak sejalan dengan nafas kebangsaan yang berarah pada nilai luhur Pancasila, bahwa penghormatan terhadap kebebasan beragama sangat dijunjung tinggi sebagai pengamalan sila pertama yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa.

---

6 Lihat Daniel C Bottomley, 'The KTP Quandary: Islam, the Ahmadiyya, and the Reproduction of Indonesian Nationalism' (2015) 9 Contemporary Islam 1.

Kompleksitas agama-agama minoritas yang tidak masuk dalam kategori agama resmi di Indonesia mengindikasikan bahwa meskipun Indonesia tidak mengenal konsep negara teokrasi dimana sumber hukum tertinggi berasal dari suatu ajaran agama tertentu, namun didalam praktik kenegaraan pengaruh agama tidak bisa dihindarkan dari praktik hukum dan kebijakan pemerintah. Indonesia adalah negara Pancasila dimana semua hukum positif harus senafas dengan lima sila yang terkandung didalamnya. Namun nilai-nilai yang terkandung di Pancasila juga tidak bisa dilepaskan dari diskursus agama didalam sejarah Indonesia. Artinya konsep perlindungan hak-hak dasar agama minoritas juga tidak bisa dilepaskan dari sila pertama Pancasila karena Indonesia adalah negara yang Berketuhanan Yang Maha Esa atau Tuhan Theistik yang sekuler. Saya sebut sebagai "Theistik-Sekuler" karena Pancasila tidak menyebut salah satu nama Tuhan dalam agama-agama. Siapa saja yang percaya kepada ke-Esaan Tuhan harus mendapat hak-hak yang sama dengan warga negara lainnya. Perbedaan keyakinan atau cara memahami wahyu Tuhan seharusnya tidak bisa dijadikan dasar hukum bagi negara dan masyarakat untuk mendiskriminasi suatu kelompok agama tertentu. Pada kenyataannya, hingga kini masih banyak kelompok-kelompok keagamaan yang mendapatkan perlakuan diskriminatif dan bahkan jumlahnya semakin banyak pasca runtuhnya Era Orde Baru di tahun 1998.

Membaca fenomena hak beragama bagi kelompok agama minoritas berdasarkan perspektif Pancasila menjadi penting karena Pancasila adalah sumber hukum tertinggi dalam hirarkhi hukum nasional di Indonesia.[7] Selain itu, Pancasila juga sudah ditetapkan oleh para pendiri bangsa sebagai falsafah negara sehingga sila-sila yang terkandung didalamnya harus menjadi sumber inspirasi pengembangan hukum dan hak asasi manusia di Indonesia. Oleh karena itu, menguraikan persoalan agama minoritas tidak bisa akurat tanpa mengetahui doktrin Pancasila. Namun karena sila yang terkandung di Pancasila sangat umum, seringkali Pancasila dipahami secara bebas di era demokrasi sekarang ini. Oleh karena

7 Pasal 1 TAP MPR/III/2000.

itu, penegakan prinsip-prinsip agama dan keyakinan monotheisme Pancasila untuk melindungi kelompok-kelompok agama minoritas sering berbenturan dengan pengaruh orthodoksi agama.

Diskursus Monotheisme Pancasila

Pancasila adalah hasil dari pemikiran Presiden Sukarno karena dia ingin menciptakan sebuah ideologi yang berkarakter asli Indonesia.[8] Disebut sebagai "asli Indonesia" karena Sukarno pada waktu itu ingin menggabungkan prinsip sosialisme, agama dan demokrasi yang berciri khas Indonesia. Hasilnya munculah lima sila hasil dari kesepakatan dari para pendiri bangsa dimana sila pertama, yakni Ketuhanan Yang Maha Esa menjadi ruh dari sila-sila lainnya.[9] Lima sila tersebut juga menjadi ruh dari pembukaan Konstitusi 1945 sehingga bisa ditegaskan bahwa semua yang terkandung didalam Pancasila menjadi sumber hukum dari Konstitusi dan juga menjadi norma-norma dasar negara atau "*staats fundamental norm*." Meskipun ada "ledakan hukum" di Era Reformasi dimana Konstitusi 1945 sudah diamandemen empat kali dalam rentang waktu empat tahun, penetapan undang-undang tentang hak asasi manusia dan peratifikasian berbagai instrumen internasional, prinsip-prinsip yang terkandung dalam Pancasila dan pembukaan Konstitusi 1945 tidak bisa diamandemen dan justru harus menjadi inspirasi perkembangan hukum dan hak asasi manusia di Indonesia.

Di dalam diskursus hak-hak agama minoritas, masyarakat Indonesia harus menggunakan semangat Pancasila khususnya sila pertama dan prinsip humanisme yang terkandung didalam sila kedua karena Pancasila adalah landasan ideologi dari hak beragama

---

8 Jones, S. R., 1980. ' "It Can't Happen Here": A Post Khomeini Look at Indonesian Islam', Asian Survey, 20 (3), hlm. 314.

9 Pengaruh dari sosialisme dan agama bisa dilihat misalnya dari pendapatnya Sukarno yang menyebut bahwa lima sila dari Pancasila bisa digabung menjadi tiga sila, yakni sosio-nasionalisme, sosio-demokrasi dan percaya kepada Tuhan yang Maha Esa. Lihat Van Der Kroef, J. M., 1962. 'An Indonesian Ideological Lexicon', Asian Survey, 2 (5), hlm. 24.

dan toleransi antar umat beragama sehingga semua jenis perbuatan yang merusak hak beragama sejatinya membahayakan hak tersebut.[10] Harus menjadi konsensus bersama bahwa Indonesia dibawah Pancasila harus menjamin hak beragama bagi semua warga negaranya karena hak tersebut juga menjadi esensi dari slogan Bhinneka Tunggal Ika yang mencirikan ke-Indonesia-an.[11]

Berdasarkan prinsip ke-Tuhan-an Pancasila, konsep agama dan ke-Tuhan-an monotheisme di Indonesia harus dipahami secara terbuka oleh siapa saja.[12] Pemahaman terbuka ini sangat dipengaruhi oleh argumentasi dari Sukarno yang menegaskan bahwa Tuhan bersifat terbuka dan tidak terdefinisikan.[13] Artinya, Pancasila melarang suatu agama untuk memonopoli konsep ke-Tuhan-an dan oleh karena itu setiap warga negara mempunyai hak yang sama untuk menerjemahkan dan memahami prinsip religius dari Pancasila selama pemahaman tersebut bersifat konstruktif terhadap hak beragama di Indonesia.[14] Selain itu, salah satu pendiri bangsa Indonesia Mohammad Hatta berpendapat bahwa prinsip monotheisme Pancasila berfungsi sebagai prinsip utama yang menjadi acuan dari prinsip humanisme, persatuan, demokrasi, dan keadilan social di Pancasila.[15]

Prinsip monotheisme Pancasila bisa disebut sebagai prinsip religius tertinggi di dalam perkembangan hak beragama di Indonesia karena prinsip tersebut harus menjadi inspirasi dari pembangunan hukum dan sosial di Indonesia. Prinsip monotheisme Pancasila mengandung etika dan nilai-nilai spiritual karena prinsip tersebut mempercayai agama-agama theistik yang sekuler karena tidak menjadikan salah satu agama tertentu sebagai

---

10 Platzdasch, B., 2011. 'Religious Freedom in Indonesia: The Case of the Ahmadiyah', ISEAS Working Paper: Politics & Security Series, 2, hlm. 12.

11 Ibid, hlm. 12.

12 Maarif, A. S., 2006. Islam dan Pancasila Sebagai Dasar Negara: Studi tentang Perdebatan dalam Konstituante. Jakarta: LP3ES, hlm. 146.

13 Raharjo, I. T. K.,& Sudarso, S., 2006. Bung Karno: Islam, Pancasila & NKRI. Jakarta: Komunitas Nasional Religious Indonesia, hlm. 333.

14 Madjid, N., 'Indonesian Muslims Enter A New Age', di Hooker, V.,& Saikal, A., 2004. Islamic Perspectives on the New Millenium. Singapore: ISEAS, hlm. 75.

15 lihat Maarif, supra note 12, hlm. 157.

panutan. Selain itu, prinsip tersebut juga tidak meletakan salah satu agama tertentu di posisi yang lebih tinggi dari agama-agama monotheisme lainnya. Artinya, setiap penganut agama diberi kebebasan yang sama untuk menerjemahkan konsep monotheisme berdasarkan keyakinan mereka masing-masing.

Jika kita menggabungkan dua prinsip Pancasila, yakni prinsip humanisme dan monotheisme, keduanya merupakan prinsip yang saling melengkapi karena keduanya menegaskan bahwa semua agama harus dilindungi. Pancasila, meskipun berasal dari terminologi Sanskrit Jawa,[16] merupakan perwujudan Islam dan agama-agama monotheisme lainnya di Indonesia.[17] Konsep ideologi yang religius ini dimaksudkan oleh para pencipta Pancasila untuk mengakomodir dan melindungi pluralisme agama di Indonesia sehingga sudah seharusnya Pancasila mampu menjaga dan menginspirasi semua aspek pembangunan agama-agama di Indonesia. Proposisi ini ingin menegaskan bahwa semua agama dan sekte-sekte didalam agama punya hak yang sama untuk hidup dan berkembang di Indonesia. Artinya, semua pemeluk agama bebas menerjemahkan prinsip monotheisme Pancasila juga harus mendapatkan perlakuan yang sama dalam bernegara. Hal ini bisa dilihat dari penganut agama yang menerjemahkan prinsip monotheisme tersebut berdasarkan pemahaman liberal dan sekuler namun di sisi lain juga ada kelompok agama yang menerjemahkan prinsip tersebut secara ekslusif untuk kepentingan mereka sendiri.[18]

Agama dan Perkawinan

Ditegaskan bahwa bagian dari Hak Asasi Manusia adalah untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan dalam ikatan

---

16 Ibid, hlm. 146.

17 Hooker, M. B., 2004. 'Perspectives on Shari'a and the State: The Indonesian Debates', di Hooker, V., & Saikal, A., (ed). Islamic Perspectives on the New Millenium. Singapore: ISEAS, hlm. 208.

18 Hal ini terkait dengan kasus Hizbut Tahrir Indonesia (HTI). Pemerintah masih menghargai organisasi Islam ini meskipun mereka secara terang-terangan menolak hasil pemilu dan semua hal yang terkait dengan pemilu seperti pengangkatan presiden dan wakil presiden serta semua konsep sekulerisme karena mereka ingin menegakan negara Islam.

perkawinan yang sah.[19] Sementara syarat perkawinan yang sah adalah dilakukan sesuai dengan agama dan kepercayannya masing-asing.[20] Untuk syarat ini mungkin tidak menimbulkan banyak perdebatan kecuali bagi perkawinan campuran.[21] Namun adanya ketentuan berikutnya yaitu perkawinan dicatat menurut aturan yang berlaku sangat mungkin berdampak negatif kepada penganut agama/kepercayaan yang agama/kepercayaannya tersebut tidak ditulis dalam dokumen kependudukan.[22] Beberapa sebabnya karena bagi warga negara yang beragama Islam, pencatatan pernikahannya dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah yang berkedudukan di KUA sementara yang beragama lain dilakukan di Kantor Catatatn Sipil.[23] Pencatatan perkawinan bagi penganut agama dan kepercayaan lain seharusnya tidak menjadi hal yang sulit sebab merupakan kewenangan dari kantor catatan sipil. Namun yang menjadi kendala adalah karena tidak mencantumkan identitas agama dan kepercayaannya menyebabkan kesulitan bagi pemeluk agama kepercayaan dalam hal pengakuan sahnya perkawinan. Identitas yang tidak lengkap ini menyebabkan timbulnya "prosedur tambahan "yang harus mereka lalui sehingga prosedur ini bisa dikategorikan sebagai diskriminasi terhadap agama dan kepercayaan selain enam agama resmi tersebut. Konsekuensi apabila prosedur ini tidak dijalani adalah perkawinan yang tidak diakui secara sah oleh negara. Perkawinan yang tidak diakui ini akan menyebabkan masalah panjang, yang tidak hanya ditanggung oleh para pasangan yang kawin yaitu tidak memiliki akta nikah

---

19 Undang-Undang Dasar Republik Indonesia UUD RI 1945 sebelum dan setelah Amandemen (n 5).

20 Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan 2015 Pasal 2 (1).

21 Marzuki Marzuki, 'Konsep Manusia Dan Agama' 3 <http://staffnew.uny.ac.id/upload/132001803/pendidikan/Dr.+Marzuki,+M.Ag_.++Buku+PAI+UNY+-+BAB+2.+Konsep+Manusia+dan+Agama.pdf> accessed 5 May 2017.

22 Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (n 20).

23 Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 2.

tetapi juga tidak diakuinya akibat hukum dari perkawinan tersebut. Berimbas pula pada tidak diakuinya terbentuknya sebuah keluarga yang dibuktikan melalui Kartu Keluarga, adanya anak yang dibuktikan melalui akta lahir yang pada akhinya akan kesulitan dalam mengurus identitas (KTP). Agama menjadi bukan lagi sebagai hal yang berarah kepada keyakinan dan keimanan, alih-alih menjadi persoalan politik.[24]

KTP merupakan hak yang harus diberikan oleh negara, karena akan memperkuat eksistensi negara dan menjamin pemberian hak kepada warga negaranya. Warga negara yang tidak memiliki identitas sama dengan warga yang tidak diakui sebagai warga negara Indonesia. Para penganut agama/kepercayaan selain keenam agama resmi di Indonesia sering menghadapi perlakuan yang diskriminatif sehingga praktik tersebut harus dimaknai sebagai pelanggaran terhadap hak-hak dasar dari warga negara.[25] Diskriminasi terhadap pencantuman kepercayaan dalam kolom agama menyulitkan para penganut kepercayaan sebagai agama asli Indonesia untuk mendapatkan akses yang selayaknya seperti jaminan kesehatan (BPJS), pendidikan, ekonomi, politik dan hak untuk mempertahankan hidup dan kehidupannya.[26]

Kesakralan hak beragama tidak hanya ditunjukan oleh Pancasila dan UUD 1945 melainkan juga dilindungi oleh berbagai instrumen hak asasi manusia. Kebebasan beragama dilindungi oleh Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia (DUHAM) pada pasal 18 yang meliputi: memilih dan berpindahagama, beribadah dan berdakwah baik secara pribadi maupun kelompok.[27] Pada UUD RI 1945 pasal 28E ayat (1) dan (2), pasal 28I ayat (1) dan Pasal 29 ayat (2) menyatakan negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa

---

24 Muktiono Muktiono, 'Mengkaji Politik Hukum Kebebasan Beragama Dan Berkeyakinan Di Indonesia' (2012) 12 344.

25 'Diskriminasi Pelayanan Publik Kelompok Minoritas Berdampak Hilangnya Hak Dasar Warga Negara' (*Tribunnews.com*) <http://www.tribunnews.com/nasional/2016/12/06/diskriminasi-pelayanan-publik-kelompok-minoritas-berdampak-hilangnya-hak-dasar-warga-negara> accessed 8 May 2017.

26 Undang-Undang Dasar Republik Indonesia UUD RI 1945 sebelum dan setelah Amandemen (n 5).

27 Majelis Umum PBB, 'Deklarasi Universal Hak-Hak Asasi Manusia'.

dan bahwa negara menjamin kebebasan setiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadah menurut agama dan kepercayaannya itu.[28] Di dalam UUD RI 1945 disebutkan bahwa perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan hak asasi manusia menjadi kewajiban negara. Perkawinan sebagai hak dasar untuk memilih pasangan dan regenerasi bagi kehidupan manusia adalah hak yang harus diberikan secara utuh dengan segala konsekuensinya. Bahwasannya penduduk sebagai penganut kepercayaan diluar enam agama resmi semestinya mendapat kepastian hukum berkenaan dengan perbuatan hukumnya. Melakukan perkawinan yang sah menurut undang-undang harus diikuti dengan pemenuhan hak-hak sipil sebagai penduduk Indonesia yaitu pencatatan setiap peristiwa penting, seperti yang tercantum dalam pasal 8 huruf b Undang-undang No. 24 Tahun 2013 tentang Administrasi kependudukan.[29]

Agama dan Kebudayaan

Agama dan budaya menjadi dua hal yang tidak bisa dipisahkan. Disatu sisi agama berasal dari Tuhan sebagai pedoman hidup manusia, disisi lain budaya lahir dari kebiasaan yang hidup dalam masyarakat, dimana dua hal ini menjadi saling berpengaruh satu dengan lainnya.[30] Tidak bisa dipungkiri, bangsa Indonesia menjadi bangsa yang unik dalam hal ragam kehidupan yang sangat bercorak satu sama lain. Kebudayaan tidak akan bisa dilepaskan dalam kehidupan bangsa yang lahir dan dihormati sejak nenek moyang. Agama asli Indonesia lahir dari kepercayaan-kepercayaan atas

---

28 Undang - Undang Dasar Republik Indonesia UUD RI 1945 sebelum dan setelah Amandemen, supra note 16

29 Peraturan Menteri Pendidikan Nasional Republik Indonesia,'Undang Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2013 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan' [2006] Tentang Standar Isi Untuk Satuan Pendidikan Dasar Dan Menengah <http://files.siakonline.webnode.com/200000001-09dd40ad68/UU%20No.23%20Th%202006.doc> accessed 7 May 2017.

30 Laode Monto Bauto, 'Perspektif Agama Dan Kebudayaan Dalam Kehidupan Masyarakat Indonesia (Suatu Tinjauan Sosiologi Agama)' (2016) 23 Jurnal Pendidikan Ilmu Sosial 11, 102.

kekuatan magis yang berpusat pada kekuatan alam (kosmos) seperti gunung, sungai, pohon, dan gua. Peraturan Menteri Agama No. 9/1952/pasal 4 menyatakan bahwa aliran kepercayaan merupakan suatu bentuk budaya yang masih mengacu pada kepercayaan nenek moyang, meskipun pada keyataannya aliran kepercayaan ada terlebih dahulu sebelum datangnya agama-agama dunia di Indonesia.[31]

Marzuki menjelaskan bahwa melalui agama manusia percaya akan adanya keselamatan, pertolongan, semangat hidup dan kebahagiaan.[32] Hal ini dikarenakan agama merupakan sumber kebenaran mutlak yang diyakini oleh pemeluknya, sumber informasi tentang masa yang akan datang, sumber ajaran moral tentang baik buruk, benar salah, serta berisi nasihat-nasihat. Mengingat agama adalah kepercayaan maka merupakan hal yang mustahil agama dapat diubah dengan mudah, karena adanya batasan jenis-jenis agama yang diakui.[33] Dalam masyarakat yang majemuk dan beragam kebudayaannya, maka persoalan agama menjadi tidak mudah. Individu-individu lebih memilih untuk mempertahankan agama dan kepercayaannya secara tegas. Ekspresi tentang keagamaan merupakan bentuk empiris dari pemikiran terhadap hal-hal yang dirasakan manusia sebagai gejala yang tidak dapat dijelaskan melalui logika dan akal, bahwa soal keimanan tidak begitu saja bisa dirasionalkan.[34] Agama menjadi sangat majemuk dikarenakan sikap penerimaan terhadap apa yang diciptakan Tuhan

---

31 Moch Ichiyak Ulumuddin, 'Praktik Keagaman Aliran Kejawen Aboge Di Antara Agama Resmi Dan Negara' (2016) 6 Religió: Jurnal Studi Agama-agama (RJSAA) <http://religio.uinsby.ac.id/index.php/religio/article/view/109> accessed 8 May 2017.

32 Marzuki (n 21) 32–33.

33 Penetapan Presiden Republik Indonesia Nomor 1/ PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama 1965 Penjelasan Pasal 1.

34 Lihat Gunawan Gunawan, 'Kerbau Untuk Leluhur: Dimensi Horizontal Dalam Ritus Kematian Pada Agama Merapu' (2013) 5 KOMUNITAS: INTERNATIONAL JOURNAL OF INDONESIAN SOCIETY AND CULTURE <http://journal.unnes.ac.id/nju/index.php/komunitas/article/view/2379> accessed 6 May 2017.

maupun pengalaman batin atas tujuan hidup manusia sangat berbeda. Dalam sisi humanisme, manusia akan memperoleh makna keberagamannya dengan cara menjadi pilar dan perancang moral teologi yang menghadirkan keharmonisan maupun kebahagiaan dari sesamanya.[35]

Kebutuhan Manusia akan agama menjadi hal yang sangat krusial karena agama hadir dalam setiap peristiwa kehidupan manusia seperti kelahiran, kematian, perkawinan dan karya seni.[36] Tidak bisa dipungkiri bahwa agama menjadi pedoman hidup manusia dan oleh karena itu sudah seharusnya tidak ada pemaksaan dalam beragama karena dasar beragama adalah kerelaan, bukan soal paksaan atas kehendak Tuhan pada manusia.[37] Kehendak untuk beragama bagi manusia adalah soal bagaimana manusia mempercayai dan merasa bebas untuk beriman kepada Tuhan. Penghormatan terhadap keimanan seseorang adalah memuliakan martabatnya sebagai manusia. Kemuliaan manusia tampak dari sikap yang toleran terhadap sesamanya, baik yang seagama maupun lain agama.

Terdapat ratusan suku di Indonesia yang didalamnya setiap suku mempunyai ciri khas dan identitas budaya masing-masing dengan ragam bahasa yang berbeda dan terdiri dari agama-agama dunia dan agama pribumi.[38] Agama pribumi bisa diartikan sebagai agama yang tidak berasal dan dipengaruhi oleh agama-agama dunia, melainkan lahir dari peradaban manusia asli dari Indonesia. Animisme dan dinamisme adalah bentuk aliran kepercayaan yang acapkali mendapat label buruk hanya karena ritual keagamaannya dianggap bertentangan dengan konsep ritual agama-agama resmi negara.[39] Oleh karena itu perlindungan aliran kepercayaan dan

---

35 Lihat Heru Drajat Sulistyo, 'Keterlibatan Negara Mengawal Hak Kebebasan Beragama Dan Beribadah Ditengah Pluralisme Masyarakat Indonesia' (2014) 15 102.

36 Muhammaddin Muhammaddin, 'Kebutuhan Manusia Terhadap Agama' (2016) 14 Jurnal Ilmu Agama 99.

37 Fokky Wasitaatmaja, *Filsafat Hukum, Akar Religiositas Hukum* (cetakan ke - 1, Prenadamedia Group 2015) 221.

38 Ulumuddin (n 31) 92.

39 Lihat Ulumuddin (n 31).

agama-agama lokal yang lahir dari budaya Indonesia adalah kewajiban negara.

Julius Stahl dalam konsep negara hukum yang dikenal dengan istilah *Rechstaat* menyatakan bahwa elemen perlindungan hak asasi manusia adalah hal yang harus menjadi tolak ukur utama negara hukum tersebut.[40]Diskriminasi yang terjadi pada aliran kepercayaan adalah pembunuhan martabat bagi para pendahulu penduduk pribumi. Ketika negara tidak menjamin perlindungan agama-agama di Indonesia, maka sama halnya pemangku kekuasaan telah mengingkari norma kedua dalam Pancasila yang berkemanusiaan yang adil dan beradab.

Universalisme dan Partikularitas HAM dalam Konsep Kebebasan Beragama

Wolhof menyebut HAM sebagai kodrat yang tidak dapat dicabut ataupun dialihkan kepada orang lain.[41] Soetandyo Wignyosoebroto menegaskan pelanggaran terhadap HAM menyebabkan manusia tidak dapat hidup layak sebagai makhluk yang dimuliakan oleh Tuhan.[42] Secara tegas Frans Magnis Suseno menjelaskan bahwa HAM bukanlah pemberian dari masyarakat atau negara tetapi merupakan diterima dari Sang Pencipta kepada setiap manusia (universal).[43] Karena sifatnya yang universal maka harus dinikmati oleh setiap manusia tanpa terkecuali. Karakteristik HAM yang diatur didalam DUHAMmenjadi 4 kelompok, yaitu hak individu, hak kolektif, hak sipil dan politik dan hak ekonomi sosial dan budaya.[44] Pembedaan Hak individu dan kolektif didasarkan pada

---

40 Adam Mushi, *Teologi Konstitusi Hukum Hak Asasi Manusia Atas Kebebasan Beragama Di Indonesia* (LKiS Pelangi Aksara 2015) 13.

41 Rohidin Rohidin, *Konstruksi Baru Kebebasan Beragama* (FH UII Press 2015) 2 <http://law.uii.ac.id/images/Jurnal/Publikasi/rohidin/buku-konstruksi-baru-kebebasan-beragama.pdf> accessed 5 May 2017.

42 Dikutip oleh Wolhof, dalam ibid 3.

43 ibid.

44 Siti Musda Mulia, 'Hak Asasi Manusia Dan Kebebasan Beragama' (Diskusi Panel: Perkembangan Konsep Tindak Pidana Terkait Dengan Agama dan Pembaharuan KUHP, Aliansi RKUHP, 2007, Jakarta) 2

proses pemenuhannya, dimana hak individu dimiliki dan dapat dipenuhi sendirinya oleh setiap orang, sedangkan hak kolektif yaitu hak yang hanya dapat di nikmati secara bersama, dimana pemenuhan terhadapnya tergantung pada orang lain. Kendati demikian terpenuhi atau tidaknya tergantung pada kebijakan negara untuk pemenuhan hak tersebut.

Di Indonesia, perlindungan HAM diatur dalam Undang-undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia (HAM). Dalam Pasal 1 menyatakan HAM berasal dari Tuhan yang melekat dan harus dijunjung tinggi dan dihormati oleh Negara.[45] Hak beragama menjadi bagian penting hak asasi manusia karena sebagai individu, hubungan dengan Tuhan haruslah ditempatkan dalam satu kesatuan dengan hak untuk memilih satu agama dan kepercayaan sesuai dengan keimanannya. Pasal 18 DUHAM memberikan hak untuk bebas memilih dan menaati agama baik dilakukan sendiri atau di muka umum. Artinya, setiap orang bebas menampakkan pilihan agama dan kepercayaannya, dengan dijamin keamanan dan ketenangannya dalam melaksanakan ibadat agama tersebut.

Pemikiran tentang universalisme-partikularisme dalam HAM sudah sejak lama menjadi perdebatan yang tidak pernah berakhir. Muladi menyatakan ada 4 (empat) pandangan soal universalisme dan partikularitas HAM. Pertama, pandangan tentang Universal-absolut yang melihat HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana dirumuskan di dalam *The International Bill of Human Rights*. Kedua, pandangan tentang Universal-relatif dimana memandang persoalan HAM sebagai masalah universal, namun demikian perkecualian (*exeption*) yang didasarkan atas asas-asas hukum international tetap diakui keberadaannya. Ketiga pandangan Patrikularistik-absolut, yang melihat HAM sebagai

<http://lama.elsam.or.id/downloads/1363164069_HAM_dan_Kebebasan_Beragama._Musdah_Mulia.pdf> accessed 5 May 2017.

45 UNDANG-UNDANG REPUBLIK Indonesia, *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia* (Pusat Penerbitan PNRI 1999) <http://arifrohmansocialworker.blogspot.com.au/2011/02/undang-undang-republik-indonesia-nomor_4007.html> accessed 8 May 2017.

persoalan masing-masing bangsa, tanpa memberikan alasan yang kuat, khususnya dalam melakukan penolakan terhadap berlakunya dokumen-dokumen internasional. Pandangan ini seringkali bersifat chauvinis, egois, defensive dan pasif tentang HAM. Keempat, pandangan Patrikularistik-relatif, yang memandang persoalan HAM disamping masalah universal juga merupakan masalah nasional masing-masing bangsa.[46]

Pemenuhan hak kebebasan beragama sebagai salah satu hak dasar sebagai keyakinan dan pedoman hidup manusia menjadi hal yang rumit untuk dilakukan. Hal ini tidak lepas dari soal kewajiban negara dalam memenuhi hak untuk memeluk agama dan juga kebebasan bagi warga negara untuk memilih agama sesuai dengan keyakinannya masing-masing. Pandangan ketiga dari pemikiran tentang universalisme-partikularisme dalam HAM dimana adanya penolakan terhadap dokumen-dokumen internasional terjadi dalam konsep kebebasan bergama. Salah satu pemikiran ini dikemukakan oleh Mashood A. Baderin bahwa sasaran dan tujuan Kovenan adalah menciptakan standar-standar hak asasi manusia yang mengikat secara hukum dengan mendefinisikan hak-hak sipil dan politik serta menempatkan semua itu dalam kerangka kewajiban yang mengikat secara hukum terhadap semua negara yang meratiikasi; dan menyediakan perangkat efektif untuk mengawasi kewajiban-kewajiban yang telah diakui.[47] Bahwa negara harus memenuhi hak bagi pemeluk agama berdasarkan keyakinannya jelas mempunyai dasar yang kuat karena negara telah menandatangani perjanjian HAM yang diakui secara sah oleh dunia.

Prinsip individualisme seringkali bertentangan dengan nilai-nilai budaya lokal yang bercorak kolektivisme. Dalam konsep kebebasan untuk memeluk agama berada dalam ranah individu karena berkaitan dengan keyakinan atas suatu ajaran atau wahyu dari Tuhan. Hal ini tidak dapat diganggu gugat oleh siapapun

---

46 Lihat Muladi Muladi, *Hukum Dan Hak Asasi Manusia, Dalam Bagir Manan, 'Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia Dan Negara Hukum'* (Gaya Media Pratama 1996) 113.

47 Mashood A Baderin, 'Hukum HAM Dan Hukum Islam (terj)'.

termasuk campur tangan negara. Perdebatan yang terjadi adalah bahwasannya negara mempunyai hak untuk mengatur dan menjamin ketertiban masyarakatnya termasuk dalam soal memeluk agama. Hubungan antara Negara dengan agama di Indonesia adalah bahwa Indonesia merupakan Negara Hukum yang dalam penyelengaraan negara dijiwai oleh Pancasila, tetapi Indonesia bukan negara agama, dan juga bukan negara sekuler, terjadi hubungan yang erat antara negara dan agama, sehingga negara dapat mengatur agama dalam hal ajaran agama memerlukan campur tangan negara, pengaturan tersebut berbentuk peraturan perundang-undangan.[48] HAM menjadi sebuah hal yang utopis disaat sebuah individu memilih suatu keyakinan agama, sedangkan prinsip partikularnya menjadikan pilihan tersebut harus mementingkan juga atas kenyamanan dan keteraturan sosial di dalam kehidupan bernegara. Sebuah keyakinan acapkali menjadi hal yang masih tidak bisa lepas dari campur tangan pihak luar, bahkan negara menjadi benteng pertahanan atas kewajiban memilih agama sesuai dengan yang lazim dengan mengatas namakan ketertiban sosial. Ebrahim Moosa menyatakan bahwa HAM dalam konteks barat merupakan hak yang tidak dapat diganggu oleh siapapun dengan alasan bahwa setiap individu adalah manusia yang memiliki hak mutlak.[49]

Berbicara tentang universalisme tidak lepas dari paham tentang HAM yang dianggap "Barat" oleh kalangan umum. Bahwa HAM Barat selalu lekat dengan paham sekularisme. HAM Barat cenderung tidak terpisah dan tidak bersumber dari nilai-nilai sakral keagamaan, dimana hal itu tidak juga memberikan ruang pada nilai-nilai kegamaan.[50] Nilai kebebasan atas agama selalu dikaitkan dengan bebasnya individu dalam memilih suatu keyakinan. Hal ini banyak sekali bersinggungan dengan konsep partikularisme HAM Indonesia. Lebih-lebih negara ini memiliki sebuah nilai kebangsaan dalam 5 (lima) sila yang kita kenal dengan Pancasila. Pemikiran

48 Drajat Sulistyo (n 35) 106.

49 Lihat Mohammad Monib and Islah Bahrawi, *Islam & hak asasi manusia dalam pandangan Nurcholish Madjid* (Gramedia Pustaka Utama 2011) 43.

50 ibid 45.

bahwa keberagaman bisa menjadikan setiap orang berhak untuk berbeda, seharusnya nilai ini bisa menjadi penguat prinsip penghormatan hak-hak asasi manusia. Partikularisme HAM dan Pancasila dalam konsep kebebasan beragama adalah hal yang sangat bisa diselaraskan. Disaat bangsa ini berada daam posisi beragam dan berbeda, maka satu-satunya jalan keluar adalah bentuk sikap saling menghomati atas keyakinan sebuah individu. Prinsip HAM dalam sila-sila dari Pancasila yang dibentuk oleh *Founding Fathers* bersumber dari kebudayaan asli Indonesia dan itu merupakan produk dari kesepakatan kultural yang kemudian dijadikan sebagai pandangan hidup bangsa, dasar dan ideologi Negara. Bahwa memberikan hak terhadap warga negara dalam pemenuhan hak sipil dan politik termasuk memberikan kartu identitas yang sesuai dengan apa yang diyakini dan dianut oleh individu tersebut adalah hal yang mutlak harus dilakukan. Sebagai bangsa yang besar dan bermartabat, Indonesia akan melihat hak kebebasan beragama bagi penganut aliran kepercayaan bukan sebagai kebutuhan warga negaranya namun sebagai kewajiban dalam pemenuhan hak asasi manusia dalam memeluk dan memilih keyakinan agamanya.

Daftar Pustaka

Agama, Keterbukaan, Dan Demokrasi: Harapan Dan Tantangan (PusatStudi Agama dan Demokrasi, Yayasan Paramadina 2015)

Baderin MA, 'Hukum HAM Dan Hukum Islam (terj)'

Bauto LM, 'Perspektif Agama Dan Kebudayaan Dalam Kehidupan Masyarakat Indonesia (Suatu Tinjauan Sosiologi Agama)' (2016) 23 Jurnal Pendidikan Ilmu Sosial 11

Bolo AD and others, *Pancasila Kekuatan Pembebas* (PT Kanisius Yogyakarta 2012)

Bottomley DC, 'The KTP Quandary: Islam, the Ahmadiyya, and the Reproduction of Indonesian Nationalism' (2015) 9 Contemporary Islam 1

'Diskriminasi Pelayanan Publik Kelompok Minoritas Berdampak Hilangnya Hak Dasar Warga Negara' (*Tribunnews.com*)<http://www.tribunnews.com/nasional/2016/12/06/diskri minasi-pelayanan-publik-kelompok-minoritas-berdampak - hilangnya-hak-dasar-warga-negara> accessed 8 May 2017

Drajat Sulistyo H, 'Keterlibatan Negara Mengawal Hak Kebebasan Beragama Dan Beribadah Ditengah Pluralisme Masyarakat Indonesia' (2014) 15

Fatmawati F, 'Perlindungan Hak Atas Kebebasan Beragama Dan Beribadah Dalam Negara Hukum Indonesia' (2011) 8 Jurnal Konstitusi<https://ejournal.mahkamahkonstitusi.go.id/index..php/jk/article/viewFile/179/176> accessed 6 May 2017

Gunawan G, 'Kerbau Untuk Leluhur: Dimensi Horizontal Dalam Ritus Kematian Pada Agama Merapu' (2013) 5 KOMUNITAS: INTERNATIONAL JOURNAL OF INDONESIAN SOCIETY AND CULTURE <http://journal.unnes.ac.id/nju/index.php/komunitas/article/view/2379> accessed 6 May 2017

Indonesia PMPNR, 'Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2013 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan' [2006] Tentang Standar Isi Untuk Satuan Pendidikan DasarDan Menengah <http://files.siakonline.webnode.com/

20000000109dd40ad68/UU%20No.23%20Th%202006.doc> accessed 7 May 2017

Indonesia U-UR, *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun1999 Tentang Hak Asasi Manusia* (Pusat Penerbitan PNRI1999)<http://arifrohmansocialworker.blogspot.com.au /2011 /02/ undang-undang-republik-indonesia nomor_4007 .html> accessed 8 May 2017

Marzuki M, 'Konsep Manusia Dan Agama' <http://staffnew. uny .ac.id/upload/132001803/pendidikan/Dr.+Marzuki,+M.Ag_. ++Buku+PAI+UNY+-+BAB+2.+Konsep+Manusia+ dan+ Agama.pdf> accessed 5 May 2017

Monib M and Bahrawi I, *Islam & hak asasi manusia dalam pandanganNurcholish Madjid* (Gramedia Pustaka Utama 2011)

Muhammaddin M, 'Kebutuhan Manusia Terhadap Agama' (2016) 14 Jurnal Ilmu Agama 99

Muktiono M, 'Mengkaji Politik Hukum Kebebasan Beragama Dan Berkeyakinan Di Indonesia' (2012) 12

Muladi M, *Hukum Dan Hak Asasi Manusia, Dalam Bagir Manan,'Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia Dan Negara Hukum'* (Gaya Media Pratama 1996)

Mulia SM, 'Hak Asasi Manusia Dan Kebebasan Beragama' (Diskusi Panel: Perkembangan Konsep Tindak Pidana Terkait Dengan Agama dan Pembaharuan KUHP, Aliansi RKUHP, 2007,Jakarta)<http://lama.elsam.or.id/downloads/1363164069_HAM_dan_Kebebasan_Beragama._Musdah_Mulia.pdf> accessed 5 May 2017

Mushi A, *Teologi Konstitusi Hukum Hak Asasi Manusia Atas KebebasanBeragama Di Indonesia* (LKiS Pelangi Aksara 2015)

Rohidin R, *Konstruksi Baru Kebebasan Beragama* (FH UII Press 2015) <http://law.uii.ac.id/images/Jurnal/Publikasi/rohidin/buku-konstruksi-baru-kebebasan-beragama.pdf> accessed 5 May 2017

Setara Institute, *Berpihak dan bertindak intoleran: intoleransi masyarakat dan restriksi negara dalam kebebasan beragama/berkeyakinan di Indonesia : laporan kondisi kebebasan beragama/berkeyakinan di Indonesia, 2008*. (Setara Institute 2009)

Ulumuddin MI, 'Praktik Keagaman Aliran Kejawen Aboge Di Antara Agama Resmi Dan Negara' (2016) 6 Religió: Jurnal Studi Agama-agama (RJSAA) <http://religio.uinsby.ac.id/index.php/religio/article/view/109> accessed 8 May 2017

Umum PBB M, 'Deklarasi Universal Hak-Hak Asasi Manusia'

Wasitaatmaja F, *Filsafat Hukum, Akar Religiositas Hukum* (cetakan ke-1, Prenadamedia Group 2015)

Penetapan Presiden Republik Indonesia Nomor 1/ PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama 1965

PengujianUndang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan 2015

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan

Undang-UndangDasar Republik Indonesia UUD RI 1945 sebelum dan setelah Amandemen

Meretas Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan dalam UUD 1945

Muja'hidah dan Hilda

Pendahuluan

Persoalan yang berorientasi keagamaan merupakan persoalan yang dipandang sensitif pada setiap negara dibelahan bumi ini dan cenderung menimbulkan kompeksitas konflik sosial, termasuk juga di Indonesia. Kasus-kasus yang menggambarkan konflik sosial akibat pengabaian terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan dalam bentuk tindakan kekerasan, diantaranya penyerangan fisik, penganiayaan, pemerasan, pengusiran, propaganda kebencian, tindakan intoleran dan perlakuan diskriminasi semakin meningkat. Laporan Komnas HAM pada periode April-Juni 2016, telah mencatat terdapat 11 kasus pelanggaran atas kebebasan beragama dan berkeyakinan.[1] Pelanggaran atas kebebasan beragama dan berkeyakinan tentu saja tidak terlepas dari ketidakmampuan negara dalam melaksanakan kewajibannya untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fulfill*) hak individu atas kebebasan tersebut.

Ketidakmampuan negara ini tampak dari sebagian besar kasus yang terjadi akibat dari pengabaian atau pembiaran yang dilakukan oleh negara tanpa melakukan tindakan apapun ketika pihak ketiga (non negara) melakukan pelanggaran hukum (kekerasan) terhadap pihak lain (individu) yang merupakan penganut agama yang lain dan penganut agama minoritas. Pembiaran oleh negara ini dapat

---

1 Lutfy Mairizal Putra, "Ini 11 Kasus Pelanggaran Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan 3 Bulan Terkhir",<http://nasional.kompas.com/read/2016/07/01/05050071/Ini.11.Kasus.Pelanggaran.Kebebasan.Beragama.atau.Berkeyakinan.3.Bulan.Terakhir?page=all>, diunduh 7 Februari 2017.

diartikan sebagai ekses dari perlindungan hukum yang tidak memadai dan diskriminatif terhadap agama-agama minoritas dan penganutnya, sehingga membuat organ negara/aparatur negara tidak memiliki acuan/dasar hukum yang kuat dalam melaksanakan kewajibannya dalam penegakan HAM.

Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik pada Pasal 18 telah menjamin hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan bagi setiap individu dan menyatakannya secara tegas pada Pasal 4 Ayat (2) bahwa hak tersebut adalah hak yang *Non-derogable.* Komentar Umum Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik No. 22 juga telah memberikan penjelasan bahwa kebebasan beragama dan keyakinan seyogyanya dipahami oleh negara dalam ruang lingkup yang bersifat luas dan mendalam. Dalam pengertian bahwa istilah agama dan kepercayaan harus dipahami secara luas, yaitu meliputi juga kepercayaan-kepercayaan tauhid, non tauhid dan ateisme serta termasuk pula hak untuk tidak menganut agama atau kepercayaan apapun.[2]

Indonesia merupakan negara yang sudah terikat dengan Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik (ICCPR), artinya sudah seharusnya Indonesia dalam melakukan kewajibannya untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect)* dan memenuhi (*to fulfill*) hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan dilaksanakan dalam kerangka yang dimaksud oleh Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik dan Komentar Umum Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik. Konsekuensi hukumnya adalah Indonesia wajib mengimplementasikannya pada kehidupan berbangsa dan bernegara bagi setiap individu dalam batas-batas wilayahnya, sehingga bentuk-bentuk diskriminasi apapun tidak dilakukan baik secara sengaja maupun tidak disengaja (tidak disadari) oleh negara.

Sesungguhnya, wujud implementasi pada tataran struktural telah diatur pada konstitusi Pasal 28 E Ayat (1), dan Ayat (2), Pasal 28 I Ayat (1) dan Pasal 29 UUD NRI 1945, yang memberikan jaminan perlindungan terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan. Namun persoalan selanjutnya terletak pada peraturanperundang-undangan dibawahnya yang secara substansial

---

2 Komentar Umum 22, Paragraf (1).

tidak sinkron dengan hakekat dari makna norma dalam konstitusi. Akibatnya, justru sebaliknya, peraturan perundang-undangan yang seharusnya menguatkan jaminan perlindungan terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan tersebut menjadi peraturan perundang-undangan yang berindikasi menghilangkan (menggerus) kebebasan beragama dan berkeyakinan itu sendiri dan berlaku diskriminatif. Antara lain adalah Undang-undang No. 1/PNPS/1965 Tentang Pencegahan dan/atau Penodaan Agama, Undang-Undang No. 23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukannya Undang-Undang No. 24 Tahun 2013 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan, yakni peraturan perundang-undangan yang dianggap mendiskriminasikan beberapa agama, karena undang-undang ini telah membuat kategori "agama yang belum diakui" dan kategori "agama yang diakui" di Indonesia.

Ketidaksinkronan peraturanperundang-undangan dengan ketentuan kovenan Hak Sipil dan Hak Politik, sedikit banyak mempengaruhi ada dan ketiadaannya perlindungan negara terhadap hak atas kebebasan beragama bagi individu. Tidak adanya peraturan perundang-undangan (*implementing legislation*) dapat mengancam ketiadaannya jaminan perlindungan yang maksimal terhadap kebebasan beragama dan berkeyakinan dan sebaliknya pembentukan peraturan perundang-undangan yang tidak tepat atau dapat disebut dengan sewenang-wenang dapat dijadikan dasar oleh negara bahkan pihak ketiga (non negara) sebagai dasar pembenar, yang dianggap legal atau legitime untuk menyerang agama dan penganut agama yang minoritas.

Kenyataan seperti ini dapat menimbulkan kecenderungan yang mendorong munculnya diskriminasi terhadap suatu agama dan kepercayaan tertentu, termasuk juga pada pemeluk atau penganutnya, demikian pula terhadap kelompok penganut suatu agama dan kepercayaan tertentu yang minoritas, yang tinggal di dalam komunitas penganut suatu agama dan kepercayaan tertentu yang mayoritas, sehingga memungkinkan memicu permusuhan.

Indikasi ini mendorong perlunya meninjau kembali tentang bagaimana jaminan UUD NRI 1945 terhadap perlindungan hak

atas kebebasan beragama dan berkeyakinan? dan bagaimana implementasinya dalam kerangka penegakan HAM melalui peraturan perundang-undangan di bawahnya (*implementing legislation*), sehingga kewajiban negara dapat dilaksanakan sesuai dengan Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik.

Pengaturan Hak Beragama dan Berkeyakinan sebagai Hak Non-Derogable (*non derogable rights*)

Konsep *Non derogable rights* dimaknai bahwa beberapa hak asasi manusia adalah bersifat absolut yang tidak boleh dikurangi pemenuhannya, walaupun dalam keadaan darurat sekalipun atau atau dalam keadaan apapun oleh siapapun. Konsep ini dikenal dalam bahasan hak sipil dan hak politik. Konsep ini, secara normatif diatur didalam Pasal 4 Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik, yang menyatakan bahwa:

(1) Dalam keadaan darurat umum yang mengancam kehidupan bangsa dan keadaan darurat tersebut telah diumumkan secara resmi, Negara Pihak pada Kovenan ini dapat mengambil tindakan untuk mengurangi kewajiban mereka menurut Kovenan ini, sejauh yang sungguh-sungguh diperlukan oleh tuntutan situasi, dengan ketentuan bahwa tindakan tersebut tidak bertentangan dengan kewajiban lain Negara Pihak menurut hukum internasional dan tidak menyangkut diskriminasi yang semata-mata didasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau asal-usul sosial.
(2) Penyimpangan terhadap Pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16 dan 18 tidak boleh dilakukan menurut ketentuan ini.
(3) Setiap Negara Pihak pada Kovenan ini yang menggunakan hak untuk melakukan penyimpangan harus segera memberi tahu Negara Pihak lainnya dengan perantaraan Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa ketentuan yang terhadapnya dilakukan penyimpangan dan alasan yang mendorong dilakukannya penyimpangan itu. Komunikasi lebih lanjut

harus dilakukan, melalui perantaraan yang sama, tentang tanggal diakhirinya penyimpangan kewajiban itu.

Pasal 4 Ayat (2) Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik telah menentukan kategori hak yang termasuk kedalam hak-hak yang tidak dapat dikurangi pemenuhannya dalam keadaan apapun, termasuk dalam keadaan darurat umum sekalipun di dalam negara, yakni:

1. Hak untuk hidup (Pasal 6);
2. Hak untuk tidak disiksa (Pasal 7);
3. Hak untuk tidak diperbudak dan tidak diperhambakan (Pasal 8);
4. Hak untuk tidak dipenjara atas kegagalan memenuhi kewajiban kontraktual (utang atau perjanjian lainnya) (Pasal 11);
5. Hak untuk tidak dipidana berdasarkan hukum yang berlaku surut (Pasal 15);
6. Hak sebagai subyek hukum (Pasal 16); dan
7. Hak atas kebebasan berpikir, beragama dan berkeyakinan (pasal 18).

Hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan menjadi salah satu hak yang absolut untuk dipenuhi oleh negara meskipun negaradalam situasi/keadaan darurat umum sekalipun dan tidak dapat diderogasi/dikurangi (*non derogable rights*). Prinsip-prinsip Siracusa Tentang Pembatasan Dan Pengesampingan Ketetentuan-Ketentuan Hak-Hak Sipil Dan Politik telah mengemukakan bahwa yang dimaksud dengan "keadaan darurat umum" tersebut adalah situasi yang luar biasa dan aktual atau bahaya nyata yang mengancam kehidupan berbangsa. Ancaman terhadap kehidupan berbangsa, seperti:[3]

(a) Mempengaruhi seluruh penduduk dan orang lain dan seluruh atau sebagian wilayah negara; dan
(b) Mengancam integritas fisik penduduk, independensi politik atau integritas wilayah negara atau keberadaan fungsi lembaga negara

[3] Bagian II (A) Prinsip-Prinsip Siracusa Mengenai Ketentuan Pembatasan Dan Pengurangan Hak Asasi manusia (HAM) Dalam Kovenan Internasional Tentang Hak Sipil Dan Hak Politik (Annex,UN Doc E / CN. 4 / 1984/4 (1984) , <*pusham.uii.ac.id/files.php?type=data&lang=id&id=112*>.

yang penting untuk memastikan hak-hak yang diakui oleh kovenan.

Alasan-alasan yang boleh digunakan untuk membuat derogasi terhadap suatu hak (sebagaimana yang ditentukan di dalam prinsip-prinsip siracusa), tidak berlaku terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan. Negara dalam memenuhi kewajibannya atas hak kebebasan beragama dan berkeyakinan ini tidak dipengaruhi atau tidak dapat dihilangkan oleh alasan derogasi apapun, termasuk adanya keadaan darurat umum yang dialami suatu negara, seperti ancaman esensial terhadap keamanan nasional, disintegrasi bangsa, perang saudara dan bencana alam. Konsekuensinya adalah negara tidak dapat menyimpangi tanggung jawabnya secara hukum karena adanya situasi yang darurat tersebut dan tidak memungkinkan negara untuk dapat meloloskan diri dari pelanggaran HAM yang telah dilakukannya terhadap hak ini.[4]

Konstitusi Indonesia pun telah menegaskan dalam Pasal 28 I Ayat (1) UUD NRI1945, yang menyatakan bahwa:

> Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Selanjutnya ditegaskan kembali pada Pasal 4 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia dengan menyatakan:

> Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak-hak manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun.

---

4 Rhona K.M. Smith, *et.al.*,*Hukum Hak Asasi Manusia, Cet. 2*, Yogyakarta : PUSHAM UII, 2010, h. 41.

Perbedaan yang tampak terkait dengan kategori hakhak yang termasuk hak *nonderogable* di dalam UUD 1945 dan UU No. 39 Tahun 1999, yakni tidak dimasukannya hak untuk tidak dipenjara atas kegagalan memenuhi kewajiban kontraktual (utang atau perjanjian lainnya), sebagaimana hak ini diakui sebagai hak *non derogable* dalam Kovenan hak sipil dan hak politik dan tidak mencantumkan hak atas kebebasan berkeyakinan didalamnya, tetapi hanya menyebutkan hak beragama sedangkan di dalam Kovenan Hak Sipil Dan hak Politik menyebutkan (mengakui) hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan. Hal ini menyiratkan adanya pembatasan terhadap pengertian (ruang lingkup) pada hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan, yang seharusnya bersifat luas dan mendalam, sehingga hak ini semata-mata hanya dipahami meliputi hak untuk memeluk agama tertentu (kepercayaan tauhid) dan tidak meliputi kebebasan untuk menganut kepercayaan dalam pengertian luas, yakni kepercayaan-kepercayaan tauhid, non tauhid dan ateisme serta termasuk pula hak untuk tidak menganut agama atau kepercayaan apapun.

Sama halnya dengan yang dinyatakan dalam Pasal 29 Ayat (2) UUD NRI 1945, bahwa "Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya dan kepercayaannya itu". Demikian pula didalam Pasal 22 UU No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, menyatakan:

(1) Setiap orang bebas memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadatmenurut agamanya dan kepercayaannya itu.
(2) Negara menjamin kemerdekaan setiap orang memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Pengaturanhukum ini berkesan diskriminatif dan menimbulkan pertanyaan mengenai mengapa UUD 1945 tidak menyertakan hak atas kebebasan berkeyakinan didalamnya? apakah jaminan perlindungan hak ini hanya diperuntukan bagi individu yang memeluk agama saja? Bagaimana dengan individu yang tidak memeluk agama atau yang memiliki keyakinan lainnya? Pengaturan hukum yang diskriminatif ini, akhirnya akan menyentuh persoalan yang melibatkan wacana menyangkut agama mayoritas dan

pemeluknya serta agama/kepercayaan minoritas dan pemeluknya. Mengingat Indonesia merupakan negara yang mayoritas pemeluk agama Islam dan agama/kepercayaan lainnya merupakan minoritas. Namun pengaturan yang berbeda mengenai ini dapat dilihat pada ketentuan pada Pasal 28 E UUD NRI 1945, yang menyatakan bahwa:

(1) Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.
(2) Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran, dan sikap sesuai dengan hati nuraninya.

Ketentuan ini menyebutkan kebebasan memeluk agama dan hak atas kebebasan memiliki kepercayaan. Ketentuan ini mengesankan adanya pengakuan terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan sebagaimana yang dimaksudkan dan diakui oleh Kovenan Hak sipil Dan Hak politik. Khususnya, Pasal 28 E Ayat (2), yang menyebutkan hak atas kebebasan memiliki kepercayaan, dapat diartikan bahwa UUD NRI 1945 juga mengakui adanya kepercayaan/keyakinan lainnya (non agama) dan dapat diartikan pula menjamin perlindungan terhadap pemeluknya. Dengan demikian, maka tampak bahwa UUD NRI 1945 hanya memberikan jaminan perlindungan terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan secara parsial. Ketidakseragamnya ketentuan didalam UUD NRI 1945 menyangkut perlindungan terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan telah mencerminkan adanya keengganan Indonesia untuk menafsirkan istilah "agama" dan "keyakinan" secara luas sesuai dengan Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik.

Padahal, perlindungan terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan sebagaimana yang diatur di dalam Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik merupakan kewajiban Indonesia untuk mengimplementasikannya di dalam UUD NRI 1945. Terkait dengan kewajiban tersebut, makaimplementasi ketentuan mengenai hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan yang terdapat di dalam Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik seyogyanya juga

dicantumkan didalam ketentuan UUD NRI 1945 secara utuh dan konsisten. Hal ini sangat penting dilakukan oleh Indonesia sebagai dasar penguatan dalam menjunjung prinsip yang fundamental dalam penegakan HAM, yakni prinsip non diskriminasi.

Prinsip Non Diskriminasi Terhadap Hak Atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan

Non diskriminasi, bersama dengan kesetaraan di depan hukum dan perlindungan hukum yang sama tanpa adanya diskriminasi merupakan prinsip dasar dan umum sehubungan dengan perlindungan hak asasi manusia.[5] Prinsip non diskriminasi, secara tegas telah dinyatakan didalam Pasal 2 Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia (DUHAM), bahwa:

> Semua orang berhak atas semua hak dan kebebasan kebebasan …tanpa perkecualian apapun, seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat yang berlainan, asal mula kebangsaan atau kemasyarakatan, hak milik, kelahiran ataupun kedudukan lain.

Demikian pula, Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik, menegaskan kembali, dengan menyatakan pada Pasal 2 Ayat (1), bahwa:

> Setiap Negara Pihak pada Kovenan ini berjanji untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya, tanpa pembedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.

Prinsip ini menjadi dasar bagi negara dalam melaksanakan kewajibannya untuk melindungi dan memenuhi hak-hak yang dijamin didalam Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik, termasuk juga terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan.

---

5 Komentar Umum 18 Paragraf (1).

Kewajiban ini berarti melarang negara untuk melakukan diskriminasi baik terhadap agama dan keyakinan apapun maupun terhadap pemeluknya. Selain itu, negara juga harus memastikan bahwa tidak ada pihak ketiga (individu atau entitas lainnya) yang melakukan tindakan yang menganjurkan kebencian atas agamayang mengarah pada hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan.[6]

Perlindungan dan pemenuhan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan terhadap setiap individu tidak didasarkan pada apakah agama atau keyakinan yang dianutnya merupakan agama/keyakinan yang mayoritas atau minoritas. Larangan diskriminasi ini, telah dijamin di dalam Pasal 27 Kovenan Hak Sipol Dan Hak Politik, yang menyebutkan:

> Di negara-negara yang memiliki kelompok minoritas berdasarkan suku bangsa, agama atau bahasa, orang-orang yang tergolong dalam kelompok minoritas tersebut tidak boleh diingkari haknya dalam masyarakat, bersama-sama anggota kelompoknya yang lain, untuk menikmati budaya mereka sendiri, untuk menjalankan dan mengamalkan agamanya sendiri, atau menggunakan bahasa mereka sendiri.

Umumnya, diskriminasi rentan terjadi pada kaum/kelompok minoritas, termasuk pada pemeluk agama minoritas. Diskriminasi yang dialami oleh pemeluk agama minoritas, biasanya didukung oleh peraturan perundang-undangan yang diskriminatif dan secara tidak langsung melegitimasi tindakan-tindakan diskriminasi yang terjadi.

Demikian pula diskriminasi terhadap agama-agama minoritas di Indonesia,[7] sedikit banyak disebabkan oleh persoalan perundang-undangan atau regulasi secara umum.[8] Diantaranya Undang-Undang No.1/PNPS/1965 Tentang Pencegahan

---

6 Pasal 20 Ayat (2) Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik.

7 Mayoritas penduduk Indonesia yang beragama islam, mengisyaratkan bahwa agama selain islam di Indonesia adalah agama minoritas.

8 Ahmad Suaedy Dan alamsyahM. Dja'far, "Kelompok Minoritas Keagamaan Dan Kepercayaan" dalam Eko Riyadi dan Syarif Nurhidayat, *Vulnerable Groups*: *Kajian Dan Mekanisme Perlindungannya*, Yogyakarta : PUSHAM UII, 2012, h. 481.

penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama. Undang-undang ini, pada penjelasan-nya menyebutkan bahwa agama yang dipeluk oleh penduduk di Indonesia ialah Islam, Kristen, Katolik, Hindu, Budha dan Khong Hu Cu (Confusius) dan menyatakan bahwa agama-agama lain, misalnya Yahudi, Zarasustrian, Shinto, Taoisme tidak dilarang di Indonesia. Penjelasan pada undang-undang ini, mengindikasikan hanya 6 (enam) agama saja yang diakui sebagai agama yang resmi.

Undang-Undang No. 1/PNPS/1965 ini juga menyebutkan larangan melakukan penafsiran atau kegiatan yang "menyimpang dari pokok-pokok agama ajaran agama". Hal ini berarti bahwa undang-undang tersebut menandakan bila persepsi negara tentang agama masih didominasi oleh pemahaman arus utama yang menyatakan bahwa suatu agama harus memiliki Tuhan, nabi dan kitab suci. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa Undang-Undang No. 1/PNPS/1965, tidak mengakui "keyakinan" dan mengartikan "agama" secara sempit. Kenyataan ini bertentangan dengan kewajiban Indonesia untuk menafsirkan istilah "agama dan "keyakinan" secara luas.[9]

Laporan Pelaksanaan Konvensi Penghapusan Segala bentuk Diskriminasi Rasial (ICERD) di Indonesia, mengemukakan bahwa salah satu penyebab "kematian" 517 aliran kepercayaan sejak tahun 1949 hingga tahun 1992 adalah Undang-Undang No. 1/PNPS/1965.[10] Undang-undang ini, secara terang benderang menjadikan penganut aliran kepercayaan sebagai "penoda

---

[9] Nicola Colbran, "Kebebasan Beragama atau berkeyakinan Di Indonesia : Jaminan Secara Normatif Dan Pelaksanaannya Dalam Kehidupan Berbangsa Dan bernegara", Makalah yang disampaikan pada Pelatihan Lanjut Hak Asasi Manusia Bagi Dosen Pengajar Hukum Dan HAM oleh PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan *Norwegian Centre for Human Rights* (NCHR) *University of Oslo Norway*, Yogyakarta : Plaza Hotel, 10 Juni 2011, h. 9.

[10] M. Amin Abdullah, "Kebebasan Beragama atau berkeyakinan Dalam Perspektif Kemanusiaan Universal, Agama-Agama Dan KeIndonesiaan", Makalah yang disampaikan pada Pelatihan Lanjut Hak Asasi Manusia Bagi Dosen Pengajar Hukum Dan HAM oleh PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan *Norwegian Centre for Human Rights* (NCHR) *University of Oslo Norway*, Yogyakarta : Plaza Hotel, 10 Juni 2011, h. 17.

agama".[11] Hal ini menunjukkan bahwa tindakan negara secara diskriminatif dalam bentuk peraturan perundang-undangannya, disadari akan mengarah pada tindakan sewenang-wenang dan menimbulkan kendala/hambatan terhadap terwujudnya pelaksanaan kewajiban negara dalam konteks *to protect* (melindungi) dan *to fulfill* (memenuhi). Negara akan mengalami kesulitan untuk memenuhi hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan individu jika perlindungan konstitusi dan perundang-undangan turunannya terhadap hak tersebut tidak memadai/diskriminatif. Bahkan dapat dijadikan dasar pembenar bagi negara (aparatur negara) untuk melakukan tindakan yang sewenang-wenang, khususnya terhadap agama/kepercayaan minoritas dan pemeluknya dan menyebutnya sebagai tindakan yang sah menurut hukum atau legitime.

Intervensi negara dalam urusan-urusan keagamaan juga menjadi salah satu penyebab yang memunculkan pelanggaran terhadap kebebasan beragama dan berkeyakinan. Salah satu pelanggaran yang muncul adalah terabaikannya bahkan hilangnya hak-hak sipil dari pemeluk agama (keyakinan) minoritas.[12] Keberadaan kolom "agama" pada KTP yang mewajibkan penduduk Indonesia untuk mengisinya adalah salah satu contohnya. Undang-Undang No. 23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan[13] hingga terbitnya Undang-Undang No. 24 Tahun 2013 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan[14] menetapkan demikian. Perubahan yang dilakukan atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2006, ternyata tidak mengubah ketentuan mengenai keharusan kolomagama dicantumkan pada KTP, bahkan menetapkan kolom agama juga diberlakukan pada KTP-el (KTP elektronik). Perubahan juga tidak dilakukan mengenai

---

11 Ali Maskur, "Membaca Ulang Eksistensi Aliran Kepercayaan Di Indonesia" dalam *To Fulfill and To Protect* : Membaca Kasus-Kasus Aktual Tentang Hak Asasi Manusia, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2012, h.14.

12 *Ibid*., h. 3.

13 Pasal 58 Ayat (2), Pasal 64 Ayat (1).

14 Pasal 58 Ayat (2), Pasal 64 Ayat (1).

pengkategorian antara agama yang diakui dan belum diakui di Indonesia di dalam kedua undang-undang ini. Penggunaan istilah "agama yang belum diakui"[15] dan tetap mempertahankan menggunakannya, meskipun telah ada undang-undang perubahan atas undang-undang sebelumnya mengakibatkan pemeluk agama-agama yang belum diakui termasuk aliran kepercayaan lainnya akan mengalami kesulitan dalam memenuhi kewajibannya terhadap administrasi kependudukan, yang selanjutnya berpotensi meniadakan hak-hak sipil dan hak politiknya.

Banyak pemeluk agama-agama yang belum diakui dan penganut aliran kepercayaan, mengambil langkah-langkah praktis untuk menghindari berbagai kesulitan saat berhadapan dengan birokrasi negara. Mengisi kolom agama dalam akta sipil dengan salah satu agama yang diakui negara[16] atau menikah berdasarkan agama tertentu, meskipun bukan agama/keyakinan yang sebenarnya. Semua itu dilakukan sebagai upaya untuk melindungi hak-hak sipilnya, sehingga status perkawinanya dapat diakui oleh negara, demikian pula status anak yang dilahirkan dari hasil perkawinan tersebut. Dengan demikian anak tersebut dapat menikmati hak atas pendidikan karena dapat menunjukan akta kelahirannya. Berlaku juga terhadap hak-hak lainnya, hak untuk mendapatkan pekerjaan, hak atas perumahan, hak atas kesehatan, hak politik, yang pada umumnya dapat dinikmati, apabila seseorang telah memiliki KTP dan dapat menunjukannya, karena telah menjadi persyaratan (dokumen) yang ditentukan.

Seyogyanya negara menahan diri untuk tidak melakukan intervensi atau tindakan yang berdampak pada hilangnya hak-hak individu (*negative obligation*). Negara memiliki kewajiban untuk menghormati (*to respect*) terhadap kebebasan beragama dan berkeyakinan dengan memberikan keleluasan bagi setiap individu untuk memilih agama atau kepercayaan, termasuk hak untuk mengganti agama atau kepercayaan yang dianutnya dengan agama atau kepercayaan yang lain, atau untuk mengadopsi pandangan

---

15 Pasal 64 Ayat (2) UU No. 23 Tahun 2006 dan Pasal 64 Ayat (5) UU No. 24 Tahun 2013.

16 Nicola Colbran, n. 9. h. 17.

ateisme, hak untuk mempertahankan suatu agama atau kepecayaan dan hak untuk tidak mengungkapkan kesetiaannya/keyakinannya terhadap suatu agama atau kepercayaan.[17] Intervensi negara berupa perundang-undangan yang sewenang-wenang dan diskriminatif (*violation by judicial*) terhadap agama/kepercayaan minoritas dan pemeluknya, dapat diartikan sebagai pemaksaan terstruktur, yang sengaja dilakukan untuk memaksa individu mengganti agama atau kepercayaannya dan secara tidak langsung menolak agama atau kepercayaannya, dengan tidak diakui di dalam perundang-undangan. Keadaan seperti ini jelas merupakan pelanggaran HAM dan bertentangan dengan kewajiban negara dalam Kovenan hak Sipil Dan Hak Politik.[18]

Pembatasan Terhadap Hak Atas Kebebasan Beragama Dan Berkeyakinan

Intervensi negara terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan dapat dilakukan, tetapi harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut:[19]

1. Sah menurut hukum;
2. Untuk mencapai sasaran/tujuan yang sah;
3. Diperlukan dalam masyarakat yang demokratis.

Pembatasan oleh negara tidak boleh dilakukan kecuali diatur oleh Undang-undang, yang pelaksanaannya sesuai dengan Konvensi hak Sipil Dan Hak Politik. Undang-undang yang menerapkan pembatasan tersebut tidak boleh sewenang-wenang atau tidak beralasan, harus jelas dan dapat diakses oleh setiap orang. Pembatasan yang dilakukan oleh negara tidak boleh dilakukan jika tidak dinyatakan didalam konvensi, maka perlu

---

17 Komentar Umum 22 Paragraf (5).

18 Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik Pasal 18 Ayat (2).

19 Kjetil Fiskaa Alvasker, "Hak Asasi Manusia Dan Demokrasi Dari Prespektif Internasional", Makalah yang disampaikan pada Training Hak Asasi Manusia Bagi Pengajar Hukum Dan HAM oleh PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan *Norwegian Centre for Human Rights* (NCHR) *University of Oslo Norway*, Makassar : Hotel Santika, 3-6 Agustus 2010, h. 16.

memperhatikan ruang lingkup hak yang boleh dibatasi di dalam Konvensi. Pembatasan tersebut harus ditujukan untuk mencapai sasaran yang sah. Sasaran yang sah didasarkan pada kebutuhan untuk melindungi hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan dan tidak boleh diterapkan dengan cara-cara yang dapat melanggar hak tersebut.

Ketentuan Pasal 18 Ayat (3) Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik menyatakan bahwa pembatasan yang boleh dilakukan oleh negara hanya pada kebebasan menjalankan agama dan kepercayaan. Konteks kebebasan menjalankan agama dan kepercayaan diartikan kedalam cakupan kebebasan eksternal, yakni dimensi praksis dari atau ekspresi lahir dalam upaya menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, penaatan, pengamalan dan pengajaran, berbeda dengan hak atas kebebasan untuk berpikir, berkeyakinan dan beragama yang merupakan cakupan kebebasan internal, yakni dimensi bathin dan tidak dapat dibatasi.[20]

Pembatasan terhadap kebebasan tersebut, juga telah dipastikan benar-benar diperlukan dan harus didasarkan pada tujuan/sasaran yang sah yang telah ditentukan dalam Konvensi. Tujuan/sasaran yang sah yang dimaksud dalam konvensi terkait dengan pembatasan terhadap kebebasan menjalankan agama dan kepercayaan, yakni untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, moral masyarakat atau hak-hak dan kebebasan mendasar orang lain.

Rumusan pada UUD NRI 1945, tidak secara spesifik mengatur hak apa saja yang boleh dibatasi diantara hak-hak lain yang dijamin didalamnya dan juga tidak secara khusus menyatakan tujuan yang sah dilakukannya pembatasan terhadap hak tersebut. Komentar Umum 22 No. 8 telah menjelaskan bahwa hak yang

---

[20] Eko Riyadi, Kecenderungan Paradigma Hak asasi Manusia Di Indonesia, Makalah yang disampaikan pada Pelatihan Lanjut Hak Asasi Manusia Bagi Dosen Pengajar Hukum Dan HAM oleh PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan *Norwegian Centre for Human Rights* (NCHR) *University of Oslo Norway*, Semarang : Hotel Novotel, 11 Oktober 2012, h. 46.

dijamin pada Pasal 18 Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik, tidak dapat dibatasi kecuali telah dinyatakan didalam kovenan dan sesuai dengan ruang lingkup pembatasan yang diizinkan termasuk tujuan sahnya yang dibolehkan. Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik telah menentukan bahwa terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan, pembatasan hanya boleh dilakukan pada kebebasan menjalankan agama dan kepercayaan.

Ketentuan dalam UUD NRI 1945, tidak sesuai dengan ketentuan Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik mengenai perihal pengaturan pembatasan terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan. UUD NRI 1945 hanya mengatur bahwa setiap pembatasan terhadap hak dan kebebasan akan ditetapkan dengan undang-undang, tetapi tidak menentukan hak-hak apa saja yang dimaksud dan tujuan sah yang menjadi dasar dilakukannya pembatasan diberlakukan untuk semua hak-hak yang dijamin didalam konstitusi, sebagaimana dinyatakan pada Pasal 28 J Ayat (2), bahwa:

> Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakatdemokratis.

Ketentuan ini, bahkan mencantumkan nilai-nilai agama sebagai salah satu dasar pertimbangan untuk membatasi hak asasi manusia melalui undang-undang tak terkecuali terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan, padahal Kovenan hak Sipil Dan Hak politik sama sekali tidak mencantumkan nilai-nilai agama sebagai tujuan yang sah untuk membatasi suatu hak.

Peraturan Bersama Menteri Agama Dan Menteri Dalam Negeri Nomor 9 Tahun 2006, Nomor 8 Tahun 2006 Tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah Dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama Dan Pendirian Rumah Ibadat merupakan salah satu bentuk pembatasan yang

dilakukan oleh di Indonesia terhadap kebebasan menjalankan agama dan kepercayaan, terkait dengan kegiatan ibadah (pendirian rumah ibadah). Terbitnya Peraturan Bersama Menteri ini telah menunjukkan bahwa Indonesia gagal paham dalam mengimplementasikan Pasal 18 ayat (3) Konvensi Hak Sipil dan Hak Politik, bahwa pembatasan terhadap kebebasan menjalankan agama dan kepercayaan harus berdasarkan hukum, yaitu dalam bentuk undang-undang bukan dengan peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang, termasuk juga tidak boleh dalam bentuk Peraturan Bersama Menteri.

Pasal 28 J UUD NRI 1945 secara tegas menyatakan pembatasan tersebut dan seharusnya norma peraturan perundang-undangan yang lebih dibawah tidak bertentangan dengan norma yang lebih di atas jadi Peraturan Bersama Menteri tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945, sesuai asas *lex superior derogate legi inferiori*, sehingga Peraturan Bersama Menteri dinyatakan tidak berlaku.

Kenyataanya, Peraturan Bersama Menteri ini masih berlaku efektif dan dijadikan dasar dalam pendirian rumah-rumah ibadah di Indonesia. Substansi ketentuan didalam Peraturan Bersama Menteri, dirasakan tidak berkeadilan bagi pemeluk agama atau kepercayaan minoritas. Persyaratan pendirian rumah ibadah yang diatur didalam ketentuan Peraturan Bersama Menteri, tidak mudah untuk dipenuhi, khususnya bagi pemeluk agama atau kepercayaan minoritas. Beberapa persyaratan yang dimaksud dicantumkan pada Pasal 14 Ayat (2), yakni:

a. Daftar nama dan kartu tanda penduduk pengguna rumah ibadat paling sedikit 90 (sembilan puluh) orang yang disahkan oleh pejabat setempat sesuai dengan tingkat batas wilayah … ;
b. Dukungan masyarakat setempat paling sedikit 60 (enam puluh) orang yang disahkan oleh lurah/kepala desa;
c. Rekomendasi tertulis FKUB[21]Kabupaten/Kota.

[21] FKUB (Forum Kerukunan Umat Beragama) adalah Forum yang dibentuk oleh masyarakat dan difasilitasi oleh pemerintah dalam rangka membangun, memelihara dan memberdayakan umat beragama untuk kerukunan dan kesejahteraan.

Persyaratan seperti ini adalah diskriminatif bagi para pemeluk agama atau kepercayaan minoritas, karena untuk membuktikan bahwa pengguna rumah ibadah paling sedikit 90 orang dan harus mendapat dukungan oleh masyarakat setempat paling sedikit 60 orang cukup sulit untuk dipenuhi jika pemeluk agama minoritas tidak mencapai jumlah tersebut dan berada dikomunitas masyarakat yang mayoritas menganut agama yang sama, sehingga kehendak pendirian rumah ibadah bergantung pada kekuasaan mayoritas.[22] Kondisi demikian menjadi lebih rumit lagi bagi para pemeluk agama atau kepercayaan yang tergolong "belum/tidak diakui" di Indonesia berdasarkan Undang-Undang No. 1/PNPS/1965, terutama penganut aliran kepercayaan.

Selain itu, tujuan atau sasaran yang sah dari diterbitkannya Peraturan Bersama Menteri menjadi penting untuk dijelaskan oleh pemerintah. Berdasarkan konsideran menimbang pada bagian (d) Peraturan Bersama Menteri, menunjukan bahwa tujuan atau sasaran sah yang dijadikan dasar dilakukannya pembatasan terhadap kebebasan menjalankan agama dan kepercayaan ini adalah sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, tidak menyalahgunakan atau menodai agama serta tidak mengganggu ketentraman dan ketertiban umum, sebagaimana dinyatakan sebagai berikut :

> Bahwa pemerintah berkewajiban melindungi setiap usaha penduduk melaksanakan ajaran agama dan ibadat pemeluk-pemeluknya, sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, tidak menyalahgunakan atau menodai agama serta tidak mengganggu ketentraman dan ketertiban umum.

Tujuan yang sah yang dijadikan dasar dilakukannya pembatasan oleh Peraturan Bersama Menteri ini menunjukkan adanya perbedaan dengan tujuan sah yang dibolehkan oleh Konvensi Hak Sipil dan Hak Politik dalam melakukan pembatasan terhadap hak atas kebebasan menjalankan agama dan kepercayaan. Tujuan sah yang diperbolehkan oleh kovenan terkait pembatasan ini adalah untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan,

22 Nicola Colbran, n. 9. h. 20.

moral masyarakat atau hakhak dan kebebasan mendasar orang lain. Namun, Peraturan Bersama Menteri, memasukan pula pertimbangan sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan tidak menyalahgunakan atau menodai agamasebagai dasar dilakukannya pembatasan, khususnya menyangkut pendirian rumah ibadah, yang sesungguhnya dasar pembatasan tersebut tidak dikenal didalam Kovenan Hak Sipil Dan Hak Politik.

Konsekuensinya adalahkonteks "sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan" dapat menimbulkan persoalan, yakni menyangkut tentang peraturan perundang-undangan yang manakah yang dimaksud oleh Peraturan Bersama Menteri ini, mengingat di dalam UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, terdapat 7 jenis produk hukum yang diatur.[23] Sama halnya dengan pertimbangan "tidak menyalahgunakan atau menodai agama" sebagai dasar pembatasan, juga dapat menimbulkan masalah, yakni menyangkut persoalan mengenai agama manakah yang dimaksud ? atau agama apa yang dijadikan parameter/rujukan untuk menilai apakah penikmatan hak atas kebebasan menjalankan agama dan kepercayaan tersebut telah menyalahgunakan atau menodai suatu agama, sehingga pembatasan terhadap hak tersebut perlu dilakukan. Menjadikan agama tertentu sebagai dasar pembatasan oleh Peraturan Bersama Menteri ini rentan menimbulkan suasana diskriminatif terhadap agama-agama lainnya, yang seharusnya tidak boleh terjadi. Dengan demikian, maka tampak bahwa kedua tujuan yang sah yang dijadikan dasar pembatasan oleh Peraturan Bersama Menteri, tidak sesuai dengan Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik dan berindikasi diskriminatif.

[23] Pasal 7 ayat (1) dan Pasal 8 Ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

Kesimpulan

UndangUndang Dasar Negara Republik 1945 telah memberikan jaminan perlindungan terhadap hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan, namun ketentuan yang tercantum didalamnya tidak secara utuh sesuai dengan Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik terutama menyangkut penafsiran atau penerjemahan terhadap ruang lingkup kebebasan beragama dan berkeyakinan sebagai kebebasan internal setiap individu. Ketidaksesuaian ini memberi pengaruh selanjutnya terhadap peraturan perundang-undangan pelaksana di bawah UUD 1945 (*implementing legislation*), sehingga pada tataran implementasinya ditemukan tindakan-tindakan diskriminatif terhadap agama atau kepercayaan minoritas dan pemeluknya yang didasarkan pada legitimasi aturan tersebut.

Daftar Pustaka

Buku

Effendi, A. Masyhur, Perkembangan Dimensi Hak Asasi Manusia (HAM) Dan Proses Dinamika Penyusunan Hukum Hak Asasi Manusia (HAKHAM), Bogor : Ghalia Indonesia, 2005.

Rhona K.M. Smith, *et.al*., Hukum Hak Asasi Manusia, Cet. 2, Yogyakarta : PUSHAM UII, 2010.

Riyadi, Eko, To Promote : Membaca Perkembangan Wacana Hak Asasi Manusia Di Indonesia, Yogyakarta : PUSHAM UII, 2012.

Riyadi, Eko dan Syarif Nurhidayat, Vulnerable Groups : Kajian Dan Mekanisme Perlindungannya, Yogyakarta : PUSHAM UII, 2012.

Riyadi, Eko dan Supriyanto Abdi, M.A, Mengurai Kompleksitas Hak Asasi manusia (Kajian Multi Perspektif, Yogyakarta : PUSHAM UII, 2007

Rehman, Javaid, *International Human Rights Law : A Practical Approach*, England : Longman, 2003.

Syafi'ie, M. Dan Nova Umiyati, *To Fulfill and To Protect* : Membaca Kasus-Kasus Aktual Tentang Hak Asasi Manusia, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2012.

Makalah

Abdullah, M. Amin, "Kebebasan Beragama atau berkeyakinan Dalam Perspektif Kemanusiaan Universal, Agama-Agama Dan KeIndonesiaan", Makalah yang disampaikan pada forum Pelatihan Lanjut Hak Asasi Manusia Bagi Dosen Pengajar Hukum Dan HAM oleh PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan *Norwegian Centre for Human Rights* (NCHR) University of Oslo Norway, Yogyakarta : Plaza Hotel, 10 Juni 2011.

Alvasker, Kjetil Fiskaa, "Hak Asasi Manusia Dan Demokrasi Dari Prespektif Internasional", Makalah yang disampaikan pada Training Hak Asasi Manusia Bagi Pengajar Hukum Dan HAM oleh PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan *Norwegian Centre for Human Rights* (NCHR) *University of Oslo Norway*, Makassar : Hotel Santika, 3-6 Agustus 2010.

Colbran, Nicola, "Kebebasan Beragama atau berkeyakinan Di Indonesia : Jaminan Secara Normatif Dan Pelaksanaannya Dalam Kehidupan Berbangsa Dan bernegara", Makalah yang disampaikan pada forum Pelatihan Lanjut Hak Asasi Manusia Bagi Dosen Pengajar Hukum Dan HAM oleh PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan *Norwegian Centre for Human Rights* (NCHR) University of Oslo Norway, Yogyakarta: Plaza Hotel, 10 Juni 2011.

Marzuki, Suparman, "Politik Hukum Di Indonesia", Makalah yang disampaikan pada forum Pelatihan Lanjut Hak Asasi Manusia Bagi Dosen Pengajar Hukum Dan HAM oleh PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan *Norwegian Centre for Human Rights* (NCHR) University of Oslo Norway, Yogyakarta : Plaza Hotel, 10 Juni 2011.

Media Online

Lutfy Mairizal Putra, Ini 11 Kasus Pelanggaran Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan 3 Bulan Terkhir, melalui website :<www.Nasional.Kompas.com>, diunduh 7 Feb-ruari 2017.

Peraturan Perundang-undangan /Dokumen

UUD NRI 1945

Undang-Undang No.1/PNPS/1965 Tentang Pencegahan penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama

Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia

Undang-Undang No.23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan

Undang-Undang No. 24 Tahun 2013 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan

UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

Peraturan Bersama Menteri Agama Dan Menteri Dalam Negeri No. 9 Tahun 2006, No. 8 Tahun 2006 Tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah/ Wakil Kepala Daerah Dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama Dan Pendirian Rumah Ibadat

Kovenan Internasional Hak Sipil Dan Hak Politik 1966

Prinsip-Prinsip Siracusa tentang Pembatasan dan Pengesampingan Ketentuan-Ketentuan dalam Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik tentang Pembatasan dan Pengesampingan Ketentuan-Ketentuan dalam Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik.

Komentar Umum Kovenan Internasional Hak Sipil Dan Hak Politik Dan Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya, Jakarta: Komnas HAM, 2013.

Menakar Porsi Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan

Dhia Al Uyun

Latar Belakang

Kebebasan ibarat atom atau sebutir pasir dalam padang yang luas.[1] Menakar kebebasan ibarat menyaring kebebasan tersebut dalam suatu cara pandang. Prinsip utama yang digunakan adalah *harm principle* yaitu membatasi sepanjang tidak menimbulkan bahaya bagi yang lain.[2] Pemikiran Mill's gambaran prinsip yang sangat mudah jika dibayangkan melainkan tidak mudah untuk diterapkan. Hal ini dikarenakan hak asasi adalah hak moral yang muncul dari berkembang *fertil source*, sehingga apa yang terjadi lebih beragam dari hal-hal umum yang tertulis.

Tulisan ini tidak hendak melakukan penghakiman terhadap situasi yang ada. Namun berusaha memandang agama dari segi pemeluknya dan berusaha menarik garis hubungannya dalam pemikiran yang awam atau di luar dari pemikiran ahli agama. Juga tidak dimaksudkan untuk menyinggung keberadaan agama yang ada, namun melihat segala yang ada dalam agama itu sebagai sebuah keragaman keyakinan.

Kebebasan beragama berbeda antara *freedom of religion* dan *freedom from religion*. Kebebasan yang pertama, menunjukkan kebebasan bergantung pada ekspresi publik dari keyakinan agama dan negara membatasi ritual praktek keagamaan. Kebebasan kedua

---

1 Lili Rasjidi, *Sari Kuliah Filsafat Hukum,* Bandung: Universitas Padjadjaran, 1973, h.96.

2 Hilaire Mc Coubrey& Nigel D White, *Textbook on Jurisprudence,* Blackstone Press Limited, 1996 h. 52-53.

cenderung memaksakan keyakinan agama resmi atau dominan yang warga negara apapun komunitas agama mereka.[3]

Deklarasi tentang Penghapusan Semua Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama atau Kepercayaan (Deklarasi 1981) menyebutkan bahwa setiap orang memiliki hak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama. Isi dari pasal 1 deklarasi tersebut memuat, Pertama, Kebebasan yang berisi tentang hak atas kebebasan pemikiran, keyakinan dan agama disebut forum internum. Kedua, perubahan dan penyebaran agama. Ketiga, menyuarakan forum eksternal atau manifestasi kebebasan beragama.[4]

Hak asasi manusia bukanlah konsepsi yang datang dari hukum internasional, melainkan juga berasal dari sejarah nasional. Sila Kedua Pancasila yaitu Kemanusiaan yang Adil dan Beradab sebagai sumber hukum hak asasi manusia merupakan penyeimbang dari Sila Pertama yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa dan sila-sila lainnya. Pancasila bersifat majemuk tunggal yang mana merupakan satu kesatuan sistem filsafat yang di dalamnya mengandung ontologis, epistemologis dan aksiologis.[5] Konsepsi Negara Bangsa *(Nation State)* adalah usaha mewujudkan terbentuknya negara bangsa memang pernah dirintis oleh para pendahulu kita melalui momen dan gerakan "Manifesto Politik" (1925), Sumpah Pemuda (1928) dan puncaknya pada proklamasi kemerdekaan RI 17 Agustus 1945.[6]

---

3 Henry J Steiner, Philip Alston, Ryan Goodman, *International Human Rights in Context,* Oxford University Press, h. 569.

4 Natan Lerner dalam Tore Lindholm, W Cole Durham, Jr, Bahia G Tahzib Lie, *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?:* 'Sifat dan Standar Minimum Kebebasan Beragam atau Berkeyakinan', Kanisius, 2010, h.171.

5 Dhia Al Uyun, *Makalah:'*Kandungan Nilai dalam Pancasila', disampaikan dalam perkuliahan Pancasila tanggal 17 Maret 2014 di Fakultas Kedokteran Universitas Brawijaya.

6 Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia (Makna, Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, 2004, Konpress, h. 213-215.

Porsi Kebebasan Beragama dalam Peraturan Perundang-Undangan

Di Indonesia kebebasan tersebut diakui dalam Pasal 28E ayat (1) dan (2), Pasal 28I ayat (1) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sedangkan pembatasan atas kebebasan tersebut ada dalam Pasal 28J ayat (1) dan (2). Pengertian pasal 28J tidak pernah dimaknai sempit dan kumulatif, namun dimaknai secara luas. Secara filosofis UUDNRI 1945 yang bersumber dari Sila Kedua Pancasila telah memberikan pengaturan yang satu visi dengan Deklarasi 1981. Namun di dalam pengaturan di bawahnya terjadi tumpang tindih yang mana menunjukkan porsi kebebasan beragama ditentukan oleh porsi agama mayoritas atau pemangku kepentingan yang dominan atau dekat dengan pemerintah.

Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor: VI/MPR/2001 Tentang Etika Kehidupan Berbangsa, misalnya. Pasal 3 Ketetapan MPR berbunyi merekomendasikan kepada Presiden Republik Indonesia dan lembaga lembaga tinggi negara serta masyarakat untuk melaksanakan Ketetapan ini sebagai salah satu acuan dasar dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa. Menurut peneliti memang dalam penetapan garis besar etika kehidupan berbangsa yang baik, namun *moral* tergeser maknanya menjadi moral agama. Sementara itu aspek non keagamaan semisal eksistensi masyarakat adat dan/atau kepercayaan maupun penghayat belum nampak mendapatkan porsi perlindungan dan pengaturan secara dalam ketetapan MPR sebagaimana dimaksud. Hal serupa juga nampak pada Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor: VII/MPR/2001 Tentang Visi Indonesia Masa Depan.

UU No 1/PNPS/ Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama jo Undang-undang Nomor 5 Tahun 1969 Tentang Pernyataan Berbagai Penetapan Presiden dan Peraturan presiden Sebagai Undang-undang. Pasal 1 menyebutkan setiap orang dilarang dengan sengaja di muka umum menceritakan, menganjurkan atau mengusahakan dukungan umum, untuk melakukan penafsiran tentang sesuatu agama yang

dianut di Indonesia atau melakukan kegiatan-kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan-kegiatan keagamaan dari agama itu, penafsiran dan kegiatan mana menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama itu. Apabila pelanggaran tersebut dilakukan oleh organisasi atau sesuatu aliran kepercayaan, maka Presiden Republik Indonesia dapat membubarkan organisasi itu dan menyatakan organisasi atau aliran tersebut sebagai organisasi/ aliran terlarang, satu dan lain setelah Presiden mendapat pertimbangan dari Menteri Agama, Menteri/Jaksa Agung dan Menteri Dalam Negeri. Undang-Undang ini pernah diajukan uji materiil yang ditolak Majelis melalui Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009.

Pendirian tempat ibadah oleh penganut agama minoritas dalam suatu wilayah sering dikaitkan dengan upaya penyebaran/ penodaan agama mayoritas. Selanjutnya, pasal-pasal dalam undang-undang ini dapat dimanfaatkan untuk mempidana sekelompok orang yang melakukan aktivitas keagamaan di depan publik/diketahui publik yang dianggap tidak sepaham dengan kebanyakan orang. Apalagi semakin memojokkan situasi bagi sekelompok orang itu jika persepsi beribadah yang digunakan aparat adalah persepsi agama mayoritas yang dianutnya dan dipaksakan memiliki asas yang sama dengan sekelompok orang tersebut. Pasal 1 s.d 4 seperti layaknya pasal keranjang dalam konteks pembentukan peraturan perundang-undangan karena bunyi pasalnya sangat umum dan memungkinkan untuk penerjemahan lainnya yang menjadi celah pelanggaran hak kebebasan beragama.

Pasal 4 UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM dan Pasal 18 ayat (1) dan (2) jo Pasal 4 ayat (2) UU No. 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan Konvesi Hak-Hak Sipil dan Politik menegaskan bahwa kebebasan berpikir, keyakinan dan beragama adalah *non derogable rights* sedangkan pasal 18 ayat (3) tentang kebebasan menjalankan dan menentukan agama atau kepercayaan *derogable rights*. Di sisi lain, Pasal 2 ayat (1) tanggung jawab negara untuk mengakui dan menjamin tanpa pembedaan agama. Ketentuan ini berbeda dengan Pasal 22 Undang-undang No. 39 Tahun 1999 Tentang HAM

menjamin kemerdekaan beragama dan beribadat. Kedua undang-undang ini tidak harmonis dalam hal tanggung jawab negara.

Pasal 13 Peraturan Bersama 2 Menteri No. 8 & 9 Tahun 2006 Tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerahdalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama, Dan Pendirian Rumah Ibadat menyebutkan pendirian rumah ibadah didasarkan pada keperluan nyata dan sungguh-sungguh berdasarkan komposisi jumlah penduduk bagi pelayanan umat beragama yang bersangkutan di wilayah kelurahan/desa. Dalam hal kebebasan beragama pasal ini tidak memperhatikan keunikan dan keragaman agama dan aliran kepercayaan dengan menggunakan penyamarataan pada semua agama. Hal ini diperparah dengan Pasal 14 yang mana Pendirian rumah ibadah harus memenuhi persyaratan administrasi dan persyaratan teknis bangunan termasuk daftar nama dan Kartu Tanda Penduduk (KTP) pengguna rumah ibadah paling sedikitnya 90 orang yang disahkan oleh pejabat setempat dan dukungan masyarakat setempat paling sedikit 60 orang yang disahkan oleh lurah/kepala desa. Peraturan Bersama ini cenderung memberikan porsi besar terhadap pelanggaran kebebasan beragama baik dalam forum internum maupun eksternum.

Menakar Porsi Kebebasan dan Berkeyakinan agar Mencerminkan Prinsip Keadilan

Menakar porsi kebebasan beragama, Pertama, menitikberatkan pada keunikan dari ragam agama tersebut. Setiap agama memiliki keunikan tersendiri begitupun sekte-sekte, denominasi, aliran di dalamnya, sehingga ketika negara ingin memberikan keadilan maka keadilan yang diwujudkan bukanlah keadilan dalam artian persamaan, namun keadilan secara proporsional dalam artian kesetaraan hak.

Kedua, sejarah dari ragam agama dan aliran kepercayaaan di Indonesia harus dipertimbangkan sehingga dapat memberikan proporsi keadilan yang tepat. Oleh karenanya setiap daerah, ras

atau suku tertentu akan memungkinkan memiliki spesifikasi yang berbeda dari agama yang sama pada daerah, ras atau suku lainnya.

Ketiga kebebasan beragama tidak dapat dipisahkan dari pengertiannya baik sebagai forum internum dan forum eksternum, maka pelaksanaanya juga harus melihat kedua forum ini, sehingga tingkatan pelanggaran atau konflik kebebasan beragama dalam hal menentukan prioritas keberpihakan negara dalam kasus tertentu. Di Indonesia.

Putusan Nomor 84/PUU-X/2012 Tanggal 19 September 2013 Pemohon meminta agar pasal tersebut dinyatakan bertentangan dengan UUDNRI 1945. Pemohon merupakan penceramah sehingga hal tersebut mengancam haknya. Putusan MK menyatakan menolak permohonan tersebut. Pertimbangan hukumnya tidak ada larangan penafsiran agama, yang ada pembatasan yang dapat menimbulkan permusuhan atau mengusahakan dukungan umum terhadap permusuhan tersebut. Dalam hal ini pengadilan memilah *forum internum* dan *forum eksternum*.

Keempat, dalam konteks kebebasan beragama di Indonesia negara tidak dapat netral. Negara dalam artian sempit atau disebut dengan pemerintah adalah satu-satunya pihak yang dapat menjadi fasilitator dalam penyelesaian konflik kebebasan beragama, sehingga negara harus masuk dan hadir dalam setiap konflik serta memberikan penyelesaian dengan memperhatikan takaran porsi kebebasan beragama.

Kelima, negara harus berpikiran terbuka bahwa pembatasan kebebasan beragama pada hakekatnya tidak dapat dilakukan, bukan mungkin dilakukan dengan kuasa negara yang *Supremes*, sehingga porsi batasan harus dimaknai kumulatif dan sempit karena persinggungannya dengan hak-hak mendasar yang lain cukup dekat. Misalnya Murder Reference No. 614 of 2010 Criminal Appeal No. 2509 of 2010 dalam kasus Asia Bibi Vs The State & another. Asia Bibi seorang kristiani dianggap menghina Nabi Muhammad bermula saat dia hanya memetik berry dan kehausan kemudian meminum air sumur. Kemudian pemilik sumur berteriak, karena ia tidak dapat minum air sumur itu akibat telah

najis. Dalam kasus tersebut hakim seharusnya memandang hak-hak dasar secara universal. Hak hidup dan hak beragama merupakan *derogable rights* sehingga tidak dapat dibenturkan. Asia Bibi memiliki hak hidup, sehingga ia berhak meminum berry, namun ia melanggar hak ekonomi pemilik sumur karena tidak meminta ijin pada pemilik sumur untuk meminum air. Pelanggaran hak beragama bahwa air yang terminum itu najis menurut keyakinan pemilik maka harus diberikan pendapat atas dasar apa Asia bibi meminum air tersebut sehingga hukum Islam yang digunakan jelas. Perlu dibuktikan juga apakah Asia Bibi memang menghina Nabi Muhammad, atau ia menghina karena keyakinannya juga dihina. Hakim Pengadilan Lahore semestinya mempertimbangkan hal tersebut sebelum menvonis hukuman mati Asia Bibi.

Kebebasan Beragama Antara Universalisme vs Relativisme

Pembahasan tentang forum internum dan forum eksternum kebebasan beragama merupakan pemikiran yang berasal dari *harm principle*. Pemikiran ini merupakan pengembangan dari pemikiran Bentham tentang apa yang disebut dengan *pain* dan apa yang disebut dengan *pleasure* sehingga memunculkan keseimbangan diantaranya. Mills memberikan ukuran terhadap kriteria kebebasan yang dapat memberikan penderitaan dan kegembiraan. Ia menyebutkan bahwa kebebasan harus memenuhi syarat-syarat tertentu.[7] Pembatasan dapat dilakukan jika menimbulkan bahaya bagi yang lain, kebebasan terikat pada kemanusiaan yang beradab.[8] Masyarakat tidak punya hak, jika tidak ada bahaya atau *harm* bagi yang lainnya.[9] Mill yang membawa *harm principle* tersebut membatasi kebebasan dengan pemikiran *outsider* terhadap *insider*, misalnya kalau saya tidak mau diganggu saat upacara agama saya

---

7 Jonathan Wolff, *Pengantar Filsafat Politik:* terjemahan dari *An Introduction of Political Philosophy,* Yogyakarta: CV Nusa Media, 2013., h.173.

8 *Ibid*, h.172.

9 Hilaire Mc Coubrey& Nigel D White, *Textbook on Jurisprudence,* Blackstone Press Limited, 1996 h. 52-53.

juga harus membiarkan umat lain beribadah Minggu, dan seterusnya.

Pendapat ini berbeda dengan pemikiran Kant yang berporos pada *human autonomy, human autonomy* tersebut berasal dari *one moral philosophy*. *Maxim* adalah *rules* yang ada dalam pikiran Kant yang berarti *why behinds our action*, agar our *maxim sounds morally* maka harus diselesaikan pertanyaan apakah itu sesuai dengan hukum universal.[10] Hal ini menurut saya adalah penurunan derajat *principle* yang melekat pada alam turun menjadi *law* yang melekat pada manusia.

Agama memiliki kebutuhannya yang takaran porsinya berbeda untuk masing-masing agama dan hal tersebut adalah adil dalam sebuah negara. Faktor sejarah dan karakter agama bukanlah hal yang dapat dinafikan dalam bingkai *universalisme*. Beberapa agama memiliki karakter ekspansif, artinya apa yang disebut sebagai *forum eksternum* bukan *forum eksternum* berdasarkan ajaran agama tersebut, melainkan bagian dari *forum internum.*

Esensi dari agama adalah keyakinan. Keyakinan bukanlah hal yang dapat diperdebatkan atau dirasionalkan. Keyakinan merupakan sumber atau prinsip dasar kehidupan yang berdasarkan pemikiran hukum alam, harus diterima manusia dengan berbagai kemutlakannya. Kemutlakan tersebut yang pada akhirnya negara memberikan batasan agar kemutlakan tersebut tidak saling bersinggungan. Penghormatan dan toleransi merupakan cara utama untuk penyelesaian terhadap kemutlakan yang berpotensi saling bersinggungan penerapannya. Proses ini merupakan proses berpikir yang akan membuahkan sesuatu yang tidak akan sampai pada suatu titik, karena pada akhirnya titik temu tersebut akan terus dipertanyakan. Pemikiran Hegel (1770-1831) merupakan pemikiran yang utuh untuk menggambarkan logika terhadap realitas. Realitas dalam pikiran Hegel harus tidak kontradiktif diri, proses untuk mencari idea yang mutlak melalui dialektika tesis,

[10] Joan Marques, *The Journal of Values Based Leadership:* "Universalism and Utilitarianism: An Evaluation of Two Popular Moral Theories in Business Decision Making", 8: 2 (2015) hlm. 3.

antitesis dan sintesis.[11] Hegel memadukan, apa yang menurut Kant dan Hume bagian terpisah, yaitu *a necessary logical relationship between the real of fact and the real of value.*[12]

Kemanusiaan dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia merupakan *real value* yang menempati derajat kedua, bukan pertama, filosofi dari pemikiran ini juga memperlihatkan bahwa kemanusiaan itu diakui keberadaannya namun masih berada di bawah kemutlakan yang dimiliki oleh keyakinan. Kemanusiaan dapat berjalan dengan bak manakala terdapat penghormatan terhadap keyakinan itu sendiri, dengan kata lain manusia tidak akan menemukan esensinya sebagai manusia manakala ia tidak mengenal atau memahami keyakinan.

Di sisi lain, relativisme bukanlah sebuah *real value* dalam memaknai kebebasan beragam di Indonesia. Kebebasan beragama seorang individu, kelompok, komunitas, bangsa, etnis tertentu tidak bergantung pada penerimaan agama dari individu, kelompok, komunitas, bangsa, etnis lainnya. Kemutlakan yang melekat pada keyakinan, menjadikan penghormatan dan kemurnian sebagai dasar dari keberlangsungan penganut agama di Indonesia. Penghormatan, menjadikan penganut agama lain tidak ikut campur, baik dalam forum internum maupun eksternum dalam keberagamaan tersebut. Kemurnian ajaran mengharuskan penganut agama menyebarkan agama tanpa menjelekkan agama lainnya, atau menyinggung perilaku beragama lainnya. Manusia beragama memiliki batasan dalam agamanya untuk tidak saling mencampuri, apalagi untuk saling menyakitkan.

---

11 Bertrand Russell, *Sejarah Filsafat Barat* (Terjemah dari *History of Western Philosophy and Its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day,* Pustaka Pelajar, 2002, h. 954.

12 George H Sabine, *A History of Political Theory*, Holt, Rinepart and Winston, 1961, h. 620-621.

Kesimpulan

Upaya menakar porsi kebebasan beragama dapat dilakukan dengan cara Pertama, menitikberatkan pada keunikan dari ragam agama tersebut. Kedua, sejarah dari ragam agama dan aliran kepercayaaan. Ketiga kebebasan beragama tidak dapat dipisahkan dari pengertiannya baik sebagai forum internum dan forum eksternum. Keempat, dalam konteks kebebasan beragama di Indonesia negara tidak dapat netral. Kelima, negara harus berpikiran terbuka bahwa pembatasan kebebasan beragama pada hakekatnya tidak dapat dilakukan. Kemanusiaan dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia merupakan perdebatan antara universalisme dan relativisme, namun karena keberadaannya sebagai prinsip kedua Pancasila, maka sikap bernegara berfilosofi dari pemikiran ini juga memperlihatkan bahwa kemanusiaan itu diakui keberadaannya di bawah kemutlakan yang dimiliki oleh keyakinan. Kemanusiaan dapat berjalan dengan bak manakala terdapat penghormatan terhadap keyakinan itu sendiri, dengan kata lain manusia tidak akan menemukan esensinya sebagai manusia manakala ia tidak mengenal atau memahami keyakinan.

Daftar Pustaka

Buku

Coubrey, Hilaire Mc & Nigel D White, *Textbook on Jurisprudence,* Blackstone Press Limited, 1996

Fealy, Greg dan Greg Barton, *Nahdatul Ulama, Traditional Islam and Modernity in Indonesia,* Monash; Monash Asia Institute,1996

Goris, R, *Sekte-sekte di Bali,* Denpasar; Bhratara, 1974.

Hamidi, Jazim, *Revolusi Hukum Indonesia (Makna, Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, 2004, Konpress, h.213-215

Hart, H.L.A, *Essay on Bentham,* New York; Clarendon Press-Oxford, 1982

Hidayat, Komarudin, *Agama Punya Seribu Nyawa,* Jakarta: Noura Books, 2012.

Lebacqz, Karen, *Teori-teori Keadilan,* Bandung: Nusamed Studio, 2011 Wolff, Jonathan, *Pengantar Filsafat Politik:* terjemahan dari *An Introduction of Political Philosophy,* Yogyakarta: CV Nusa Media, 2013

Lindholm, Tore, W Cole Durham, Jr, Bahia G Tahzib Lie, *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?* Yogyakarta: Kanisius, 2010.

Mc Coubrey, Hilaire & Nigel D White, *Textbook on Jurisprudence,* Vancouver: Blackstone Press Limited, 1996.

Mufid, Ahmad Syafii (ed), *Dinamika Perkembangan Sistem Kepercayaan Lokal di Indonesia,* Jakarta: Balitbang Kemenag RI, 2012.

Rasjidi, Lili, *Sari Kuliah Filsafat Hukum,* Bandung: Universitas Padjadjaran, 1973.

Russell, Bertrand*, Sejarah Filsafat Barat* (Terjemah dari *History of Western Philosophy and Its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day,* Pustaka Pelajar, 2002

Sabine, George H, *A History of Political Theory,* Holt Rinepalt and Winston, 1961.

Steiner, Henry J, Philip Alston, Ryan Goodman, *International Human Rights in Context,* New York: Oxford University Press.

Subdirektorat Demografi BPS, *Kewarganegaraan, Suku Bangsa, Agama dan Bahasa Sehari-hari Penduduk Indonesia,* Jakarta: BPS, 2011.

Wolff, Jonathan, *Pengantar Filsafat Politik:* terjemahan dari *An Introduction of Political Philosophy,* Yogyakarta: CV Nusa Media, 2013.

Jurnal

Marques, Joan, *The Journal of Values Based Leadership:*"Universalism and Utilitarianism: An Evaluation of Two Popular Moral Theories in Business Decision Making", Vol 8 Issue 2 Summer/Fall 2015

David B. Barret dan Todd M Johnson, *International Bulletin of Missionary Research:* 'Annual Statistical Table on Global Mission: 2004'*,* New Haven 28.1 (Januari 2004), h.24-25

Makalah

Uyun, Dhia Al, *Makalah:* 'Kandungan Nilai dalam Pancasila', disampaikan dalam perkuliahan Pancasila tanggal 17 Maret 2014 di Fakultas Kedokteran Universitas Brawijaya.

Prasetyo, Ngesti D, Dhia Al Uyun dkk, *Laporan Akhir* 'Rekonstruksi Perizinan Pendirian Tempat Ibadah', TIFA-PPOTODA.

Kurniawan, Mahda Reza, *Sinopsis Tesis:*'Tradisi Nahdatul Ulama dalam Perspektif Hukum Islam', Program Magister IAIN Walisongo, 2012.

Internet

Maudy, Aufa, *Toleransi dalam perspektif Agama-agama*, http://aufamaudy0408.blogspot.com/2011/12/toleransi-dalam-perspektif-agama-agama.html, diakses tanggal 27 Novem-ber 2013

Roffiudin, *60 Aliran Kepercayaan di Jawa Tengah Musnah,* https://m.tempo.co/read/news/2013/11/27/058532912/60-*aliran kepercayaan di jawa tengah musnah* diakses tanggal 27 November 2013

Singgih E.G, *Hidup Kristiani dalam Masyaratakata Keagamaan yang Bersifat Majemuk*, http://www.oaseonline.org/artikel/07.html, diakses tanggal 27 Nopember 2013

Pimpinan Pusat Muhammadiyah, *Sejarah Muhammadiyah,* http://www.muhammadiyah.or.id/id/content-50-detsejarah.html, diakses tanggal 20 Februari 2017

Anonimous, *Gereja,* https://id.m.wikipedia.org/wiki/Gereja di Indonesia diakses tanggal 20 Februari 2017

Aninomous, *Daftar Aliran Kepercayaan dan Agama Asli Nusantara,* http://anekacarapraktis.blogspot.co.id/2016/10/daftar, diakses tanggal 20 Februari 2017

BAB III
HAK ASASI MANUSIA DAN HUKUM NASIONAL

Penormaan Hukuman Cambuk sebagai Ekstensifikasi Pembatasan Hak Asasi Manusia dalam Legislasi

Dian Agung Wicaksono

Pendahuluan

Hukuman cambuk eksis dalam hukum positif Indonesia tidak dapat dilepaskan dari proses penormaan[1] hukuman cambuk itu sendiri. Hukuman cambuk sebagai hukum yang berasal dari khazanah hukum Islam diakui atau tidak tentu mengalami kontekstualisasi[2] ketika diserap menjadi hukum positif di Indonesia. Eksistensi hukuman cambuk di Indonesia saat ini baru diketemukan pada penerapan syariat Islam yang diberlakukan di Aceh melalui Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (UU Keistimewaan Aceh) dan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (UU Pemerintahan Aceh). Kedua UU tersebut masih berlaku dan sejatinya memiliki dimensi yang berbeda dalam membawa penerapan syariat Islam di Aceh. UU Keistimewaan Aceh hanya memberikan dimensi pemberlakuan syariat Islam pada penyelenggaraan keistimewaan pada bidang: (a) penyelenggaraan kehidupan beragama; (b) penyelenggaraan

---

1 Penulis pada dasarnya lebih memilih diksi "normatifikasi" daripada "positivisasi" atau "formalisasi", karena penelitian ini memfokuskan pada bagaimana dan apa norma yang dihasilkan, bukan semata pada proses untuk menjadikan hukum positif atau hukum formal. Bandingkan dengan Masykuri Abdillah, *et al.*, *Formalisasi Syari'at Islam di Indonesia Sebuah Pergulatan yang Tak Pernah Tuntas*, Cet. I, Jakarta: Renaisan bekerja sama DPP Formasi, 2005, h. 326-327 atau Fitriyani dan Abd Basir Laupe, "Positivisasi Hukum Islam dalam Pembinaan Hukum Nasional di Indonesia", *Jurnal Al-Ulum*, Vol. 13, No. 2, Desember 2013, h. 453-470.

2 Pierre Legrand, "The Impossibility of Legal Transplants", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4 (2) 1997, h. 121.

kehidupan adat; (c) penyelenggaraan pendidikan; dan (d) peran ulama dalam penetapan kebijakan Daerah.[3]

Adapun UU Pemerintahan Aceh kemudian memperluas dimensi penerapan syariat Islam pada dimensi penyelenggaraan Pemerintahan Aceh yang berpedoman pada asas ke-Islam-an sebagai asas umum penyelenggaraan pemerintahan,[4] dan bahkan secara eksplisit menyebutkan pelaksanaan dari syariat Islam di Aceh meliputi *aqidah*, *syar'iyah*, dan *akhlak*,[5] yang lebih lanjut disebutkan bahwa lingkup penerapan syariat Islam meliputi *ibadah*, *ahwal alsyakh-shiyah* (hukum keluarga), *muamalah* (hukum perdata), *jinayat* (hukum pidana), *qadha'* (peradilan), *tarbiyah* (pendidikan), *dakwah*, *syiar*, dan pembelaan Islam.[6] UU Pemerintahan Aceh juga menegaskan bahwa Pemerintahan Aceh dan pemerintahan kabupaten/kota bertanggung jawab atas penyelenggaraan pelaksanaan syariat Islam.[7] Hal ini menunjukkan syariat Islam dalam konteks kekhususan Aceh bukan semata menjadi *topping* dari desain umum distribusi urusan pemerintahan antara pemerintah pusat dan pemerintahan daerah dalam konteks *special autonomy,*[8]

---

3 Pasal 3 ayat (2) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893).

4 Pasal 20 huruf a Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomo 4633).

5 Pasal 125 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nom or 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomo 4633).

6 Pasal 125 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomo 4633).

7 Pasal 127 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomo 4633).

8 Bandingkan dengan desain *special autonomy* yang lain, misalnya keistimewaan DIY yang menempatkan urusan keistimewaan semata topping yang berjalan bersamaan dengan urusan pemerintahan dalam desain *regular autonomy*. Bandingkan dengan Pratikno, *et al.*, *Policy Brief Menata Ulang Desain Desentralisasi Indonesia*, Yogyakarta: Program Pascasarjana Politik dan Peme-

namun lebih jauh merupakan jiwa dari pelaksanaan urusan pemerintahan di Aceh.

Islam sebagai jiwa dari pelaksanaan urusan pemerintahan di Aceh, turut membawa konsekuensi lahirnya penormaan dan penegakan hukum Islam di Aceh sebagai bagian tidak terpisahkan dari kekhususan Aceh. Hukuman cambuk merupakan salah satu hal yang menarik untuk diteliti, baik secara *mainstream* dari perspektif perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM), atau dari perspektif hukum pidana karena hukuman cambuk adalah salah satu jenis bentuk pemidanaan baru. Namun, penelitian ini berfokus untuk melihat bagaimana penormaan hukuman cambuk di Aceh bila ditinjau dari ilmu perundang-undangan. Hal ini menjadi relevan mengingat hukuman cambuk dituangkan dalam Qanun Aceh, yang merupakan produk hukum di daerah, yang setara dengan Peraturan Daerah Provinsi.

Pengaturan ketentuan pidana dalam UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU P3) dan UU Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (UU Pemda) memberikan pengaturan yang senada bahwa ketentuan pidana hanya dapat diatur pada wadah Undang-Undang (UU) dan Peraturan Daerah (Perda), baik Provinsi maupun Kabupaten/Kota. Merujuk pada pengaturan tersebut, maka menarik untuk diteliti lebih lanjut sejauh mana Perda dapat mengatur mengenai ketentuan pidana? Dapatkah Perda mengintrodusir suatu bentuk pemidanaan baru selain yang dikenalkan dalam UU? Sebagai sebuah bentuk pemidanaan, perlu untuk diteliti lebih lanjut bagaimana penormaan hukuman cambuk dalam hukum positif Indonesia, khusunya bila ditinjau dari ilmu perundang-undangan.

---

rintahan, Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik, Universitas Gadjah Mada, 2010, h. 9.

Pengenalan dan Penormaan Hukuman Cambuk dalam Legislasi

Eksistensi hukuman cambuk dalam hukum positif Indonesia tidak dapat dilepaskan dari pengaturan dalam konstitusi Indonesia, khususnya Pasal 18B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) yang menyatakan bahwa "Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang".[9] Berdasarkan pengaturan pada Pasal tersebut, terdapat beberapa daerah yang kemudian ditetapkan sebagai daerah dengan status daerah khusus atau daerah istimewa, yaitu Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta,[10] Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta,[11] Provinsi Aceh,[12] Provinsi Papua,[13] dan Provinsi Papua Barat.[14]

---

9 Pasal 18B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

10 Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2012 tentang Keistimewaan Daerah Istimewa Yogyakarta (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 170, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5539).

11 Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2007 tentang Pemerintahan Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta sebagai Ibukota Negara Kesatuan Republik Indonesia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 93, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4744).

12 Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893) dan Pasal 272 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

13 Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 112, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4884).

14 Konsiderans Menimbang huruf b Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2008 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua Menjadi Undang

Bila dirunut secara historis-yuridis, pada awalnya Provinsi Aceh merupakan satu-satunya daerah yang mendapatkan status daerah istimewa[15] sekaligus daerah dengan otonomi khusus.[16] Namun demikian, Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (UU Otsus NAD) kemudian dicabut dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (UU Pemerintahan Aceh),[17] sehingga Aceh saat ini hanya berstatus sebagai daerah istimewa. Dalam Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (UU Keistimewaan Aceh) ditegaskan bahwa, "Keistimewaan merupakan pengakuan bangsa Indonesia yang diberikan kepada Daerah karena perjuangan dan nilai-nilai hakiki masyarakat yang tetap dipelihara secara turun-temurun sebagai landasan spiritual, moral, dan kemanusiaan".[18] Hal ini menjadi pembeda bila disandingkan dengan daerah yang bersifat istimewa, misalnya Daerah Istimewa Yogyakarta yang menekankan letak keistimewaan pada keistimewaan kedudukan hukum yang dimiliki oleh DIY berdasarkan sejarah dan hak asal-usul menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia

-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 112, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4884).

15 Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893).

16 Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 114, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4134).

17 Pasal 272 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

18 Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Keistimewaan Provinsi NAD (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893).

Tahun 1945 untuk mengatur dan mengurus kewenangan istimewa.[19]

Hal tersebut menunjukkan bahwa keistimewaan yang diberikan kepada Aceh memiliki dimensi transendental- spiritual, yang mana hal tersebut lebih lanjut mewarnai penyelenggaraan keistimewaan, meliputi: (a) penyelenggaraan kehidupan beragama; (b) penyelenggara kehidupan adat; (c) penyelenggara pendidikan; dan (d) peran ulama dalam penetapan kebijakan daerah.[20] Hal ini diperkuat dalam pengaturan dalam UU Pemerintahan Aceh, yang menegaskan lingkup syariat Islam yang dilaksanakan di Aceh meliputi bidang ibadah, *ahwal alsyakhshiyah* (hukum keluarga), *muamalah* (hukum perdata), *jinayat* (hukum pidana), *qadha'* (peradilan), *tarbiyah* (pendidikan), dakwah, syiar, dan pembelaan Islam, yang semuanya diatur dengan Qanun Aceh.[21]

Salah satu penjabaran lebih lanjut dari lingkup syariat Islam di atas yang menarik untuk dikaji lebih lanjut adalah mengenai pengaturan terkait *jinayat* atau hukum pidana Islam, yang secara rinci dituangkan dalam Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Qanun Jinayat), yang melingkupi setiap perbuatan yang dilarang oleh *syara'*, baik perbuatan itu mengenai jiwa, harta benda atau lain-lainnya.[22] Ruang lingkup pengaturan Qanun Jinayat meliputi:

1. Jenis Jarimah, yaitu perbuatan yang dilarang oleh syariat Islam yang dalam Qanun ini diancam dengan '*Uqubat Hudud* dan/atau

---

19 Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2012 tentang Keistimewaan Daerah Istimewa Yogyakarta (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 170, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5339).

20 Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Keistimewaan Provinsi NAD (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893).

21 Pasal 125 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

22 Achmad Wardi Muslih, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayat*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, h. 13.

Ta'zir[23], yang meliputi: (a) *Khamar*; (b) *Maisir*; (c) *Khalwat*; (d) *Ikhtilath*; (e) Zina; (f) Pelecehan seksual; (g) Pemerkosaan; (h) *Qadzaf*; (i) *Liwath*; dan (j) *Musahaqah*.[24]

2. Jenis 'Uqubat, yaitu hukuman yang dapat dijatuhkan oleh hakim terhadap pelaku Jarimah.[25] Adapun jenis 'uqubat yang dikenalkan dalam Qanun *a quo*, meliputi:
   a. *Hudud* adalah jenis *'Uqubat* yang bentuk dan besarannya telah ditentukan di dalam Qanun secara tegas.[26]
   b. *Ta'zir* adalah jenis '*Uqubat* yang telah ditentukan dalam qanun yang bentuknya bersifat pilihan dan besarannya dalam batas tertinggi dan/atau terendah.[27]
3. Keberlakuan Qanun, yaitu berlaku untuk:
   a. Setiap Orang beragama Islam yang melakukan Jarimah di Aceh;
   b. Setiap Orang beragama bukan Islam yang melakukan Jarimah di Aceh bersama-sama dengan orang Islam dan memilih serta menundukkan diri secara sukarela pada Hukum Jinayat;
   c. Setiap Orang beragama bukan Islam yang melakukan perbuatan Jarimah di Aceh yang tidak diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) atau ketentuan pidana di luar KUHP, tetapi diatur dalam Qanun ini; dan
   d. Badan Usaha yang menjalankan kegiatan usaha di Aceh.

---

23 Pasal 1 angka 16 Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 66).

24 Pasal 3 ayat (2) Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 66).

25 Pasal 1 angka 17 Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 66).

26 Pasal 1 angka 18 Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 66).

27 Pasal 1 angka 19 Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 66).

Mendasarkan dari ruang lingkup pengaturan dalam Qanun Jinayat di atas, menarik untuk mencermati pengaturan mengenai '*uqubat'* cambuk yang diancamkan untuk semua jenis *jarimah*[28] dengan jumlah '*uqubat* bervariasi tergantung *jarimah*-nya, misal karena terjadinya pengulangan[29] atau penyertaan[30] dengan anak-anak. Secara empiris, bagi masyarakat Aceh '*uqubat* cambuk telah lama dipraktikkan dan telah menjadi hal yang biasa.[31] Namun demikian, bagi kalangan tertentu penggunaan dan penerapan '*uqubat* cambuk dipandang sebagai suatu bentuk kekejaman, penyiksaan, bertentangan dengan rasa keadilan hukum dan merupakan pelanggaran HAM di bumi Aceh.[32]

Pengaturan Pembatasan Hak Asasi Manusia dalam Bentuk Pemidanaan

Pengaturan mengenai pembatasan HAM di Indonesia tidak dapat dilepaskan dari pengaturan yang terdapat dalam UUD NRI Tahun 1945 yang di satu sisi memberikan penegasan atas perlindungan, pemenuhan, dan penghormatan HAM, namun di sisi yang lain juga memungkinkan adanya pembatasan atas HAM itu sendiri melalui instrumen yang dimungkinkan untuk melakukan pembatasan HAM. Secara tegas Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 menyatakan, "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap

---

28 Lihat Pasal 15-23, 25-27, 30, dan 33-35 Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 66).

29 Sebagai contoh lihat Pasal 15 ayat (2) Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 66).

30 Sebagai contoh lihat Pasal 17 Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 66).

31 Adi Warsidi, "Eksekusi Cambuk di Aceh: Ada Terhukum Bergaya Selfie", *Harian Tempo*, 14 Juni 2015.

32 Cut Feroza, *HAM dan Penerapan Sanksi Hukum Pidana Islam*, Depok: Tesis, Program Pascasarjana Ketahanan Nasional, Universitas Indonesia, 2007, h. 9.

orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.[33] Frasa "pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang", memberikan makna yang tegas bahwa:

Makna Pertama, HAM tidak bersifat mutlak dan dapat dibatasi. Setidaknya itulah yang tersirat dalam rumusan Pasal *a quo*, walaupun dalam konteks kajian hukum HAM mengenal adanya *non -derogable rights* atau hak yang tidak dapat disimpangi atau dikurangi dalam keadaan apapun, namun dalam konteks hukum positif, konstitusi Indonesia telah memilih ketidakmutlakan HAM dalam kehidupan bernegara Indonesia. Hal ini memang seringkali menimbulkan perdebatan mengingat Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 juga secara simultan mengenalkan adanya konsep *non-derogable rights* dalam konstitusi Indonesia, dengan rumusan, "Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun."[34]

Mengapa kontradiktif ini disebut secara simultan? Hal ini dikarenakan kedua konsep yang bertentangan antara kemutlakan dan ketidakmutlakan HAM dirumuskan dalam periodisasi amandemen yang bersamaan, yaitu amandemen kedua pada tahun 2000. Secara logis, menjadi tidak masuk akal bila memang para perumus amandemen konstitusi menghendaki kemutlakan HAM, mengapa dirumuskan pula ketidakmutlakan HAM pada periode pembahasan yang sama dan diletakkan dalam sistematika yang berurutan. Hal tersebut ditegaskan dalam Naskah Komprehensif

---

33 Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

34 Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Perubahan UUD NRI Tahun1945, "Peletakan tentang kewajiban dalam satu pasal penutup dari semua hak yang disebutkan dari Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I dimaksud, dimaknai bahwa pembatasan terhadap hak asasi manusia dalam Pasal 28J adalah dimaksudkan untuk melindungi hak orang lain, termasuk pembatasan terhadap *non derogable rights* itu sendiri."[35] Dengan demikian, sulit untuk mengatakan bahwa HAM di Indonesia memang dikehendaki sebagai hak yang mutlak, mengingatkan apapun bentuk HAM tersebut tetap harus tunduk pada pembatasan-pembatasan yang dimungkinkan terjadi dengan adanya pengaturan pada level undang-undang.

Makna Kedua, instrumen pembatasan merupakan undang-undang secara materiil. Pemahaman ini berangkat dari penggunaan huruf kecil pada frasa "undang-undang" dalam rumusan Pasal *a quo*, yang bermakna apa yang dimaksud dalam rumusan Pasal *a quo* bukanlah Undang-Undang (dalam huruf besar sebagai nomenklatur) yang melekat di dalamnya secara kumulatif sifat *wet in materiele zin* dan *wet in formele zin*. Maknanya pembatasan HAM dapat dilakukan baik oleh: (a) undang-undang sebagai *wet in materiele zin* saja; (b) undang-undang sebagai *wet in formele zin* saja; atau (c) Undang-Undang sebagai kumulatif sifat *wet in materiele zin* dan *wet in formele zin*.

Lantas produk hukum apa yang dapat membatasi HAM dengan adanya rumusan norma sebagaimana tertuang dalam Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945? Merujuk pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik

[35] Tim Penyusun Revisi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, h. 602.

Indonesia Tahun 1945,[36] maka yang berpotensi bersesuaian dengan ketiga alternatif tersebut hanyalah Undang-Undang (UU) dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu). Hal tersebut dikarenakan UU secara utuh melekat sifat *wet in materiele zin* dan *wet in formele zin*, sedangkan Perppu karena memiliki sifat *wet in materiele zin*, namun tidak memiliki sifat *wet in formele zin* karena dibentuk secara mandiri oleh Presiden.

Makna Ketiga, pembatasan HAM dilakukan dengan pengaturan *sui generis*. Pemaknaan ini muncul dari rumusan "dengan undang-undang" yang dalam kaidah ilmu perundang-undangan dimaknai sebagai *bij de wet geregeld* atau spesifik dengan 1 (satu) peraturan. Hal ini seharusnya dimaknai bahwa pembatasan terhadap HAM seharusnya dituangkan dalam sebuah undang-undang khusus (*sui generis*) untuk memenuhi rumusan Pasal *a quo*. Namun, dalam praktik pembatasan HAM tertuang dan tersebar dalam berbagai undang-undang yang menyesuaikan pada pengaturan induknya, misalnya pembatasan hak hidup diatur pada undang-undang yang mendudukkan hukuman mati sebagai bentuk pemidanaannya. Bila tunduk pada rumusan Pasal *a quo*, bukankah seharusnya dibalik pengaturannya bahwa hak dapat dibatasi bila pemegang hak melakukan perbuatan tertentu.

Lebih lanjut, dalam konteks tulisan ini, maka pembahasan mengenai pembatasan HAM berfokus pada pembatasan HAM yang dituangkan sebagai bentuk pemidanaan, yaitu hukuman cambuk sebagai salah satu bentuk pemidanaan. Secara umum, sejatinya bentuk pemidanaan mulai diintrodusir dalam hukum positif Indonesia melalui pengaturan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) sebagai hukum yang diadopsi dari *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* (WvSNI) yang diubah menjadi *Wetboek van Strafrecht* (WvS) atau dapat disebut dengan "Kitab

[36] Pertimbangan Hukum [3.9] Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Hukum Pidana" melalui asas konkordansi (*concordantie begeinsel*)[37], sebagaimana tertuang pada Pasal IV UU Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana Indonesia. Merujuk pada Pasal 10 KUHP, bentuk-bentuk pemidanaan adalah sebagai berikut:[38]

Tabel 1. Bentuk Pemidanaan dalam KUHP

Pidana Pokok:	Pidana Tambahan
▪ pidana mati ▪ pidana penjara ▪ pidana kurungan ▪ pidana denda ▪ pidana tutupan	▪ pencabutan hak-hak tertentu ▪ perampasan barang-barang tertentu ▪ pengumuman putusan hakim

Sumber: Diolah Penulis, 2017.

Ketentuan dalam KUHP memang dimungkinkan untuk disimpangi sebagaimana bunyi Pasal 103 KUHP yang menyatakan bahwa "Ketentuan-ketentuan dalam Bab I sampai Bab VII buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan perundang-undangan lainnya diancam dengan pidana, kecuali jika oleh undang-undang ditentukan lain."[39] Dengan demikian, berarti bentuk pemidanaan yang dikenalkan oleh Pasal 10 KUHP dapat digunakan pula oleh undang-undang lain, bahkan Pasal 103 KUHP membuka peluang pengaturan bentuk pemidanaan yang baru dan berbeda dengan KUHP, namun hanya apabila dirumuskan dalam undang-undang. Lantas bagaimana dengan ketentuan pidana dalam Peraturan Daerah? Betul memang Peraturan Daerah diperkenankan untuk mengatur mengenai ketentuan pidana dengan batasan-batasan yang ditentukan oleh UU. Berikut adalah kerangka Peraturan Daerah dalam mengatur ketentuan pidana:

Tabel 2. Pengaturan Mengenai Ketentuan Pidana pada Peraturan Daerah

---

37 C.S.T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Cet.12, Jakarta: Balai Pustaka, 2002, h. 178.

38 Pasal 10 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

39 Pasal 103 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

UU Nomor 12 Tahun 2011[40]	UU Nomor 23 Tahun 2014[41]
Pasal 15 (1) Materi muatan mengenai ketentuan pidana hanya dapat dimuat dalam: a. Undang-Undang; b. Peraturan Daerah Provinsi; atau c. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. (2) Ketentuan pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b dan huruf c berupa ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau pidana denda paling banyak Rp50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah). (3) Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota dapat memuat ancaman pidana kurungan atau pidana denda selain sebagaimana dimaksud pada ayat (2) sesuai dengan yang diatur dalam Peraturan Perundang-undangan lainnya.	Pasal 238 (1) Perda dapat memuat ketentuan tentang pembebanan biaya paksaan penegakan/ pelaksanaan Perda seluruhnya atau sebagian kepada pelanggar sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. (2) Perda dapat memuat ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau pidana denda paling banyak Rp50.000.000,00(lima puluh juta rupiah). (3) Perda dapat memuat ancaman pidana kurungan atau pidana denda selain sebagaimana dimaksud pada ayat (2) sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. (4) Selain sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Perda dapat memuat ancaman sanksi yang bersifat mengembalikan

[40] Pasal 15 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234).

[41] Pasal 238 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5587).

UU Nomor 12 Tahun 2011[40]	UU Nomor 23 Tahun 2014[41]
	pada keadaan semula dan sanksi administratif. (5) Sanksi administratif sebagaimana dimaksud pada ayat (4) berupa: a. teguran lisan; b. teguran tertulis; c. penghentian sementara kegiatan; d. penghentian tetap kegiatan; e. pencabutan sementara izin; f. pencabutan tetap izin; g. denda administratif; dan/ atau h. sanksi administratif lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundangun-dangan.

Sumber: Diolah Penulis, 2017.

Dengan memperhatikan ketentuan pengaturan pada level Peraturan Daerah di atas, terlihat bahwa memang dimungkinkan untuk mengatur ketentuan pidana selain yang ditentukan pada UU Pemda dan UU P3 sepanjang: Pertama, memuat ancaman pidana kurungan atau pidana denda semata. Hal tersebut secara tegas dituliskan dalam kedua pengaturan di atas dalam frasa "[...] memuat ancaman pidana kurungan atau pidana denda selain [...]", yang mana hal ini memberikan pembatasan bentuk pemidanaan yang dapat diatur pada Peraturan Daerah, yaitu pidana kurungan dan pidana denda. Kedua, sesuai dengan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan lainnya. Penormaan tersebut membuka tafsir yang meluas karena tidak definitifnya produk hukum yang dirujuk karena hanya menyebut "[...] peraturan perundang-undangan lainnya", sedangkan jenis peraturan perundang-undangan ada yang secara definitif disebutkan dalam

UU P3 dan ada pula yang tidak disebutkan namun berdasarkan kewenangan yang dimiliki. Namun, bila spesifik merujuk pada pengaturan yang dapat memuat ketentuan pidana, maka frasa "peraturan perundang-undangan lainnya" hanya merujuk pada: (a) UU; (b) Perda Provinsi; atau (c) Perda Kabupaten/Kota.

Menjadi pertanyaan selanjutnya, apakah mungkin pengecualian pada UU Pemda dan UU P3 merujuk pada penormaan yang dimuat dalam Perda Provinsi atau Perda Kabupaten /Kota? Mendasarkan pada asas *lex superiori derogat legi inferiori*,[42] maka dapat dijawab bahwa UU tidak diperkenankan merujuk pada Perda yang notabene didudukkan berada di bawah UU. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa peraturan perundang-undangan lainnya yang dimaksud sebagai dasar pengecualian adalah ketentuan pidana yang diatur dalam UU yang setara dengan UU Pemda dan UU P3. Pun, kemudian Peraturan Daerah dapat mengatur bentuk pidana, hal itu semata dikarenakan terdapat delegasi eksplisit dan definitif oleh UU Pemda dan UU P3 untuk mengatur ketentuan pidana. Hal ini semakin memperkuat bahwa pengaturan bentuk pidana sudah sejatinya memiliki pijakan hukum delegasi yang definitif dan eksplisit pada level UU.

Penormaan Hukuman Cambuk dalam Legislasi Daerah: Sebuah Ekstensifikasi Pembatasan Hak Asasi Manusia?

Hukuman cambuk yang dikenalkan oleh Qanun Jinayat memang tidak dapat dilepaskan dari upaya dari menerapkan hukum pidana Islam secara bertahap, sesuai kaidah *fiqh* Islam, yaitu "*al-muhafadah 'ala al qadimi al-shalih wa al-akhzu bi al-jadid al-ashlah*", yang artinya sementara memelihara dan memakai ketentuan-ketentuan lama yang masih baik dan relevan sembari terus mencari dan merumuskan ketentuan baru yang lebih baik dan unggul.[43] Hal ini terlihat dari tahapan penormaan hukum pidana Islam dalam

42 Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia*, Yogyakarta: FH UII Press, 2004, h. 56.

43 Syahrizal Abas, *Maqashid Al-Syariah dalam Hukum Jinayah Aceh*, Banda Aceh: Dinas Syariat Islam, 2015, h. 109.

Qanun Aceh, yaitu:[44] Tahapan Pertama, peraturan yang berkaitan dengan perlindungan moral yang meliputi larangan meminum *khamar*, perjudian, zina, perbuatan mesum, sampai kepada pemerkosaan serta pencemaran nama baik. Saat ini Qanun Aceh masih pada tahapan ini. Tahap Kedua, peraturan yang berkaitan dengan perlindungan harta kekayaan yang meliputi pencurian, penggelapan, penipuan, perampokan atau perampasan. Perusakan barang milik orang lain dan penadahan. Tahap Ketiga, peraturan yang berkaitan dengan perlindungan nyawa manusia yaitu tentang larangan pembunuhan dan penganiayaan atau perlukaan. Tahap Keempat, peraturan yang berkaitan dengan hukum acara pidana.

Penormaan hukuman cambuk dalam Qanun Aceh bukan semata membawa pembaharuan dalam konteks bentuk pidana, namun lebih jauh penormaan hukuman cambuk juga membawa implikasi terhadap politik hukum pemidanaan, hak asasi manusia, dan legislasi daerah. Implikasi Pertama, dalam konteks politik hukum pemidanaan. Lebih spesifik dalam menganalisis implikasi penormaan hukuman cambuk pada Qanun Aceh dalam konteks politik hukum pemidanaan, perlu dibandingkan bentuk pemidanaan yang eksis sebagai hukum positif di Indonesia dan bagaimana bentuk pemidanaan dalam Qanun Aceh. Berikut adalah perbandingan bentuk pemidanaan yang dikenal dalam hukum positif Indonesia (dalam KUHP) dan bentuk pemidanaan yang dikenalkan oleh Qanun Aceh:

Tabel 3. Perbandingan Bentuk Pemidanaan

Pemidanaan dalam KUHP	Pemidanaan dalam Qanun Aceh	
Pidana Pokok:	*'Uqubat Hudud*: cambuk	*'Uqubat Ta'zir* Utama:
▪ pidana mati ▪ pidana penjara ▪ pidana kurungan		▪ cambuk ▪ denda ▪ penjara

[44] Al Yasa Abubakar, *Penerapan Syariat Islam di Aceh: Upaya Penyusunan Fiqih dalam Negara Bangsa*, Banda Aceh: Dinas Syariat Islam, 2013, h. 268.

Pemidanaan dalam KUHP	Pemidanaan dalam Qanun Aceh	
▪ pidana denda ▪ pidana tutupan		▪ restitusi
Pidana Tambahan:		*'Uqubat Ta'zir* Tambahan:
▪ pencabutan hak-hak tertentu ▪ perampasan barang-barang tertentu ▪ pengumuman putusan hakim		▪ pembinaan oleh negara ▪ restitusi oleh orang tua/ wali ▪ pengembalian kepada orang tua/wali ▪ pemutusan perkawinan ▪ pencabutan izin dan pencabutan hak ▪ perampasan barang-barang tertentu ▪ kerja sosial.

Sumber: Diolah Penulis, 2017.

Mendasarkan pada tabel di atas, dapat disimpulkan bahwa Qanun Aceh telah melakukan ekstensifikasi bentuk pemidanaan. Hal ini dikarenakan terdapat beberapa bentuk pemidanaan baru yang dikenalkan oleh Qanun Aceh yang belum ada pada hukum positif di Indonesia. Qanun Aceh setidaknya telah merumuskan bentuk pemidanaan yang lebih variatif, baik pada level pidana pokok/*'uqubat ta'zir* utama, maupun pada level pidana tambahan/*'uqubat ta'zir* tambahan. Hal ini sejalan dengan kaidah hukum Islam yang memang secara definitif telah menentukan *'uqubat hudud* dalam Al-Qur'an berupa cambuk 100 kali, sehingga ketentuan ini lumrah bila serta merta dituangkan dalam Qanun Aceh tanpa ada perubahan.

Hal yang menarik dan patut dikaji lebih lanjut adalah mengenai *'uqubat ta'zir*, yang notabene merupakan jenis hukuman yang ditentukan berdasarkan pertimbangan tertentu oleh pemerintah sebagai penyusun kebijakan dan hakim sebagai

pemutus.[45] Dengan kata lain, *'uqubat ta'zir* merupakan bentuk *ijtihad* pembentuk Qanun Aceh dan hakim sebagai pemutus perkara. Hal ini menjadi menarik untuk ditelusuri lebih lanjut, bila memang Pemerintahan Aceh diberikan tanggung jawab dalam pelaksanaan syariat Islam,[46] maka sampai pada lingkup mana kemudian perumusan dan penuangan syariat Islam dalam hukum positif diperkenankan? Terlebih dalam UU Pemerintahan Aceh sama sekali tidak pernah menyebut adanya hukuman cambuk sebagai salah satu alternatif bentuk pidana. Argumentasi yang mendasarkan pengaturan hukuman cambuk pada level *'uqubat ta'zir* adalah implementasi dari syariat Islam perlu untuk dikaji lebih lanjut. Hal ini dikarenakan *'uqubat ta'zir* notabene berbeda dengan *'uqubat hudud* yang memang secara definitif tertulis dalam Al-Qur'an.

Bila memang hendak dirujuk, Pasal 241 UU Pemerintahan Aceh memang memberikan keleluasaan pengaturan mengenai hukum pidana Islam dalam Qanun dengan pengaturan sebagai berikut:[47]

(1) Qanun dapat memuat ketentuan pembebanan biaya paksaan penegakan hukum, seluruhnya atau sebagian, kepada pelanggar sesuai dengan peraturan perundang-undangan.
(2) Qanun dapat memuat ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan dan/atau denda paling banyak Rp50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
(3) Qanun dapat memuat ancaman pidana atau denda selain sebagaimana dimaksud pada ayat (2) sesuai dengan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan lain.
(4) Qanun mengenai jinayah (hukum pidana) dikecualikan dari ketentuan ayat (1), ayat (2), dan ayat (3).

---

45 Philip Ostien (Ed.), *Sharia Implementation in Northern Nigeria, 1999–2006: A Sourcebook*, Nigeria: Spectrum Books Limited, 2007, h. 15.

46 Pasal 127 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomo 4633).

47 Pasal 241 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomo 4633).

Namun demikian, dengan mencermati rumusan pengaturan di atas, muncul pertanyaan fundamental, apakah Pasal 241 ayat (4) UU Pemerintahan Aceh dapat dijadikan dasar hukum untuk mengatur hukuman cambuk? Apakah Pasal tersebut dapat menegaskan ketentuan Pasal 103 KUHP?

Pertanyaan di atas relevan untuk diajukan, mengingat bukankah dalam hukum pidana, salah satu prinsip mendasar dalam perumusan norma dalam hukum pidana harus memegang asas *lex scripta*, yaitu ketentuan perundang-undangan pidana harus dirumuskan terlebih dahulu. Marjanne Termorshuizen, sebagaimana dikutip oleh Flora Dianti, lebih lengkap menegaskan bahwa:[48]

> Ketentuan perundang-undangan pidana harus dirumuskan terlebih dahulu (*lex scripta*) selain dapat memberikan kepastian hukum kepada para warga negara, akan juga memberikan kepastian serupa bagi pejabat pemerintah yang harus menegakkan hukum pidana […] ketentuan perundangan pidana secara jelas dan terang (*lex certa*), juga harus cukup ketat dan terbatas jangkauannya (*lex stricta*).

Mendasarkan pada penjelasan atas asas tersebut, maka seharusnya bila memang hendak menormakan hukuman cambuk dalam hukum positif Indonesia, maka setidaknya hukuman cambuk sudah sepatutnya disebutkan terlebih dahulu dalam pengaturan UU Pemerintahan Aceh. Hal ini menjadi penting agar pengaturan UU Pemerintahan Aceh tidak memberikan cek kosong (*blank cheque*) kepada Pemerintah Daerah untuk dapat mengatur terkait bentuk pemidanaan pada level Perda tanpa sebelumnya disebutkan dalam level UU apa saja yang diperkenankan untuk diatur. Bila UU Pemerintahan Aceh menyebutkan apa saja bentuk pidana yang dimungkinkan diatur dalam Qanun, maka tidak akan

---

48 Flora Dianti, "Jika Mahkamah Konstitusi Menafsir Tindak Pidana Korupsi: Analisis Putusan Judicial Review UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 3, No. 2, Mei 2006, h. 28. Lihat juga Marjanne Termorshuizen "Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia dan Belanda", *Makalah, Ceramah Hukum Pidana: Same Root, Different Development*, Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 3-4 April 2006, h. 2.

ada implikasi normatifikasi hukuman cambuk dalam Qanun karena secara *mutatis mutandis* telah berlaku asas *lex spesialis derogat legi generali*[49] pada pengaturan di level UU, yang mana UU Pemerintahan Aceh men*derogasi* KUHP, UU Pemda, dan UU P3.

Implikasi Kedua, dalam konteks politik hukum HAM. Hal ini tidak dapat dilepaskan dari adanya ketentuan dalam UUD NRI Tahun 1945 yang secara definitif menyebutkan bahwa, "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.[50] Dengan demikian, pembatasan terhadap HAM hanya mungkin dilakukan dalam pengaturan yang dituangkan dalam undang-undang. Walaupun penulisan yang digunakan dalam rumusan Pasal tersebut adalah huruf kecil, bukan berarti pembatasan terhadap HAM dapat dilakukan oleh produk hukum yang tidak setara dengan UU. Pemaknaan huruf kecil pada rumusan di atas, dapat dimaknai bahwa pembatasan HAM dapat dilakukan oleh undang-undang dalam konteks *wet in materiele zin* dan/atau *wet in formele zin*, yang dalam hal ini hanya dapat dipenuhi oleh UU atau Perppu.

Lebih spesifik terkait penormaan hukuman cambuk dalam Qanun Aceh, hal yang harus dipahami sejak awal adalah hukuman cambuk sebagai bentuk pemidanaan sejatinya adalah bentuk pembatasan terhadap HAM. Semua bentuk pemidanaan adalah wujud pembatasan terhadap HAM, maka dari itu pengaturan terkait bentuk pemidanaan sejatinya hanya dapat diatur pada level undang-undang sebagaimana diatur oleh Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945. Pun, Peraturan Daerah dapat mengatur bentuk pemidanaan, hal itu semata dikarenakan terdapat delegasi eksplisit dan definitif oleh UU Pemda dan UU P3 untuk mengatur bentuk

---

49 Bagir Manan, *Loc.cit.*

50 Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

pemidanaan. Dalam konteks hukuman cambuk, sekali lagi sebagaimana telah diuraikan pada pembahasan sebelumnya, ketiadaan delegasi yang definitif dan eksplisit pada pengaturan UU Pemerintahan Aceh merupakan celah hukum dalam penormaan hukuman cambuk pada Qanun Aceh. Hal ini menjadi celah kelemahan penerapan syariat Islam di Aceh karena penormaan hukuman cambuk pada Qanun Aceh dapat dinilai sebagai bentuk pelanggaran terhadap HAM yang secara definitif dijamin perlindungan dan pemenuhannya oleh UUD NRI Tahun 1945.

Implikasi Ketiga, dalam konteks politik hukum legislasi daerah. Legislasi daerah, khususnya dalam hal ini pada Peraturan Daerah Provinsi, telah diekstensifkan dengan adanya penormaan hukuman cambuk pada Qanun Aceh. Lebih lanjut untuk memahami ekstensifikasi yang ditimbulkan oleh penormaan hukuman cambuk, dapat dilihat pada Tabel 2 mengenai pengaturan ketentuan pidana yang dapat diatur pada Peraturan Daerah. Mengutip Marcus Priyo Gunarto, penting untuk melihat pada dasar kewenangan yang dimiliki dalam membuat pengaturan pada Peraturan Daerah, khususnya dalam konteks perumusan bentuk pemidanaan, dengan menyatakan:[51]

> "Berkenan dengan kewenangan menetapkan sanksi pidana di dalam Perda, Pemda tidak dapat mengabaikan peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar hukumnya. […] Pembentuk Perda harus memahami benar substansi yang akan diatur, beserta dengan kewenangan yang dimilikinya".

Dalam hal ini, Qanun Aceh, khususnya Qanun Hukum Jinayat memang mempunyai dasar hukum dari Pasal 241 ayat (4) UU Pemerintahan Aceh, yang menyatakan bahwa, "Qanun mengenai jinayah (hukum pidana) dikecualikan dari ketentuan peraturan perundang-undangan lain".[52] Hal ini menjadi dasar bagi

---

51 Marcus Priyo Gunarto, *Kriminalisasi dan Penalisasi dalam Rangka Fungsionalisasi Perda Pajak dan Retribusi*, Semarang: Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2008, h. 194.

52 Pasal 241 ayat (4) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

Pemerintahan Aceh untuk mengatur secara khusus mengenai bentuk pidana yang berbeda dari hukum positif pada level nasional. Namun demikian, dengan mencermati analisis di atas, menjadi pertanyaan apakah betul Qanun Aceh sebagai salah satu wujud dari legislasi daerah dapat mengatur bentuk pemidanaan yang tidak ditentukan sebelumnya pada level hukum nasional.

Kesimpulan

Penormaan hukuman cambuk dalam Qanun Aceh bukan semata membawa pembaharuan dalam konteks bentuk pidana, namun lebih jauh penormaan hukuman cambuk juga membawa implikasi terhadap politik hukum pemidanaan, HAM, dan legislasi daerah. Penormaan hukuman cambuk telah memberikan implikasi pada politik hukum pemidanaan berupa perluasan bentuk pemidanaan dalam hukum positif Indonesia, walaupun keberlakuan hukuman cambuk ini hanya terbatas di Aceh. Terlebih bila dirunut lebih lanjut dalam UU Pemerintahan Aceh memang memberikan kewenangan menerapkan syariat Islam, namun tidak pernah sekalipun menyebutkan hukuman cambuk sebagai salah satu bentuk pemidanaan. Penormaan hukuman cambuk pada Qanun Aceh juga memberkan implikasi terhadap politik hukum HAM karena telah mengatur pembatasan HAM melalui Qanun Aceh, yang notabene sederajat dengan Peraturan Daerah Provinsi, tanpa sebelumnya diberikan delegasi-definitif pengaturannya pada level UU. Padahal bila merujuk pada Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 pembatasan HAM hanya diperkenankan dengan UU. Pun, Peraturan Daerah boleh mengatur mengenai ketentuan pidana, hal ini tidak dapat dilepaskan dari delegasi-definitif yang dituangkan dalam UU Pemda maupun UU P3. Lebih lanjut, penormaan hukuman cambuk juga memberikan implikasi pada politik hukum legislasi daerah. Mengingat penormaan hukuman cambuk pada Qanun Aceh disadari atau tidak telah melakukan ekstensifikasi bentuk pemidanaan yang notabene tidak pernah disebutkan pada pengaturan di atasnya.

Sebagaimana telah diuraikan dalam pembahasan bahwa Peraturan Daerah memiliki keterbatasan untuk dapat mengatur

mengenai bentuk pemidanaan, terlebih sampai mengenalkan bentuk pemidanaan baru yang tidak dikenalkan sebelumnya dalam politik hukum pidana nasional. Pencermatan dari perspektif ilmu perundang-undangan di atas menunjukkan bahwa terdapat celah hukum dalam penormaan hukuman cambuk sebagai bentuk pemidanaan dalam Qanun Aceh. Bukan dalam kerangka mendekonstruksi penormaan hukuman cambuk dalam Qanun Aceh, namun temuan terhadap celah hukum tersebut harus dimaknai sebagai peluang untuk perbaikan.

Daftar Pustaka

Abas, Syahrizal, *Maqashid Al-Syariah dalam Hukum Jinayah Aceh*, Banda Aceh: Dinas Syariat Islam, 2015.

Abdillah, Masykuri, *et al.*, *Formalisasi Syari'at Islam di Indonesia Sebuah Pergulatan yang Tak Pernah Tuntas*, Cet. I, Jakarta: Renaisan bekerja sama DPP Formasi, 2005.

Abubakar, Al Yasa, *Penerapan Syariat Islam di Aceh: Upaya Penyusunan Fiqih dalam Negara Bangsa*, Banda Aceh: Dinas Syariat Islam, 2013.

Dianti, Flora, "Jika Mahkamah Konstitusi Menafsir Tindak Pidana Korupsi: Analisis Putusan Judicial Review UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 3, No. 2, Mei 2006.

Feroza, Cut, *HAM dan Penerapan Sanksi Hukum Pidana Islam*, Depok: Tesis, Program Pascasrjana Ketahanan Nasional, Universitas Indonesia, 2007.

Fitriyani dan Abd Basir Laupe, "Positivisasi Hukum Islam dalam Pembinaan Hukum Nasional di Indonesia", *Jurnal Al-Ulum*, Vol. 13, No. 2, Desember 2013.

Gunarto, Marcus Priyo, *Kriminalisasi dan Penalisasi dalam Rangka Fungsionalisasi Perda Pajak dan Retribusi*, Semarang: Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2008.

Kansil, C.S.T., *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Cet.12, Jakarta: Balai Pustaka, 2002.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Legrand, Pierre, "The Impossibility of Legal Transplants", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, No. 2, 1997.

Manan, Bagir, *Hukum Positif Indonesia*, Yogyakarta: FH UII Press, 2004.

Muslih, Achmad Wardi, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayat*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004.

Ostien, Philip, (Ed.), *Sharia Implementation in Northern Nigeria, 1999–2006: A Sourcebook*, Nigeria: Spectrum Books Limited, 2007.

Pratikno, *et al.*, *Policy Brief Menata Ulang Desain Desentralisasi Indonesia*, Yogyakarta: Program Pascasarjana Politik dan Pemerintahan, Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik, Universitas Gadjah Mada, 2010.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang - Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 66).

Termorshuizen, Marjanne, "Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia dan Belanda", *Makalah, Ceramah Hukum Pidana: Same Root, Different Development*, Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 3-4 April 2006.

Tim Penyusun Revisi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomo 4633).

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234).

Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2012 tentang Keistimewaan Daerah Istimewa Yogyakarta (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 170, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5539).

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 112, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4884).

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5587).

Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2007 tentang Pemerintahan Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta sebagai Ibukota Negara Kesatuan Republik Indonesia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 93, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4744).

Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2008 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 112, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4884).

Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893).

Warsidi, Adi, "Eksekusi Cambuk di Aceh: Ada Terhukum Bergaya Selfie", *Harian Tempo*, 14 Juni 2015.

Tujuan Bernegara Melalui Manifesto HAM dalam Bingkai Ideologi Pancasila

Zuhri Saifudin

Pendahuluan

Konsep negara hukum *(rechtstaats)* lahir seiring dengan gagasan demokrasi konstitusionil.[1] Adanya cita negara hukum lahir di Inggris abad XVII.[2] Menurut F.J Stahl elemen negara hukum yaitu: adanya jaminan atau hak atas dasar manusia, adanya pembagian kekuasaan, pemerintah berdasarkan peraturan-peraturan hukum, dan adanya peradilan administrasi negara.[3] Tujuan dan fungsi negara adalah sebagai berikut: Pertama, Negara ada untuk menjamin kebebasan dan melindungi masyarakat. Kedua, Negara ada untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan masyarakat. Ketiga, Negara dirikan untuk menciptakan keteraturan dalam masyarakat.[4] Konsepsi HAM tidak hanya ditujukan untuk warga bangsa Indonesia, tapi juga bersifat universal. Konsepsi yang demikian merupakan corak konstitusionalisme di Indonesia yang menjadi dasar tanggung jawab negara dalam HAM.[5] Indonesia adalah

---

1 S.F Marbun, *Peradilan Administrasi dan Upaya Administrasi di Indonesia* (Yogyakarta: UII Press, 2003), hlm. 11.

2 Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya* (Jakarta: UI Press, 1995), hlm. 1.

3 Didi Nazmi Yunus, *Konsep Negara Hukum* (Jakarta: Angkasa Raya, 1992), hlm. 24.

4 Syahda guruh, *Menimbang otonomi daerah vs federal* (Bandung: PT Remaja Rosdakarya, 2000), hlm. 7.

5 Muladi, *Hak Asasi Manusia dan Sistem Peradilan Pidana* (Semarang: Badan Penerbit, 1997), hlm. 4.

negara hukum dalam konstitusinya mengatur tentang konsep-konsep tentang HAM.[6]

HAM adalah suatu bentuk bentuk dari cita-cita hukum yang berasal dari debat umum mengenai struktur dan organisasi yang dikehendaki.[7] Konsep HAM adalah pada dasarnya bersifat umum dan nasional. HAM yang universalisme. Sifat ini memang telah melekat dan diri manusia secara kodrati.[8] HAM merupakan hak-hak konstitusional, karena statusnya yang lebih tinggi dalam hirarki norma hukum biasa. Kedudukan akan hak asasi tersebut telah diatur dan dijamin dalam sistem hukum di Indonesia.

Legitimasi HAM telah dijamin oleh konstitusi. Derivasi dari konstitusi dalam sebuah UU juga diatur adanya HAM. Dalam UU No.39 tahun 1999 tentang HAM di pasal 1 ayat (1) disebutkan "HAM adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, Pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia". Pergolakan dan perdebatan konsep HAM universalisme dimulai dari norma hukum tersebut. HAM di Indonesia memiliki ciri khas yang bersifat relativisme berdasarkan tingkat dan jenis keberagaman. HAM di Indonesia tidak sama dengan HAM pada umumnya.

Dalam alenia IV konstitusi telah jelas negara hadir memiliki visi dan misi. Sebagai negara hukum tentunya dalam alenia IV juga telah konkrit dijelaskan adanya ideologi negara berupa "Pancasila". Implementasi dari visi dan misi negara linear dan sejalan dengan roh Pancasila. Bahkan melalui Putusan Mahkamah Konstitusi

---

6 Mahrus Ali, *Membumikan Hukum Progresif* (Yogyakarta: Aswaja Pressindo, 2013), hlm. 70.

7 David Foryste, *Hak Asasi Manusia dan Politik Dunia* (Bandung: Angkasa, 1978), hlm.1.

8 A. Gunawan Setiardjo, *Hak-Hak Manusia Berdasarkan Ideologi Pancasila* (Yogyakarta: Kanisius, 1993), hlm. 8, lihat juga dalam Rhona K.M. Smith dkk, *Hukum Hak Asasi Manusia* (Yogayakarta:PUSHAM UII, 2008), hlm. 18.

(PMK) No.100/PUU-XI/2013 telah menjadikan Pancasila sebagai ideologi negara yang tidak dapat tergantikan oleh apa pun. Indonesia tanpa adanya warga negara tidak dapat dikatakan sebuah negara. Warga negara memiliki hak dasar berupa HAM yang keberadaannya dijamin oleh negara. Setiap warga negara bebas dengan harkat dan martabat manusia yang sama dan sederajat serta dikaruniai akal dan hati nurani untuk hidup berrnasyarakat, berbangsa, dan bernegara dalam semangat persaudaraan [9]. Adanya pengakuan dan jaminan HAM adalah tanda negara yang demokratis. Indonesia merupakan negara demokrasi terbesar di dunia. Visi dan misi negara dijalankan secara seimbang dengan 3 (tiga) pilar berbangsa dan bernegara di Indonesia yaitu UUD NRI Tahun 1945, Bhinneka Tunggal Ika dan Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI).

Kesepakatan diantara para *"stakeholder"* bahwa demokrasi merupakan satu-satunya jalan yang terbaik dalam menyelenggarakan pemerintahan (*democracy as the only in town*). Akan tetapi, sebelum pada tahap ini transisi menuju demokrasi juga menghadapi tantangan untuk kembali ke rezim non demokratis manakala terjadi kebekuan demokrasi (*frozen democracy*).[10] Demokrasi merupakan pilihan yang telah diambil dalam menjalankan sebuah sistem negara. Demokrasi dalam perbedaan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara dijunjung tinggi dengan menempatkan semangat nasionalisme sebagai prioritas utama demi mencapai tujuan negara.

---

9 Lihat dalam Pasal 3 UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM.

10 Dede Mariana dan Caroline Paskarina, *Demokrasi dan Politik Desentralisasi* (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2008), hlm. 30-31.

Konsep Manifesto HAM dalam UUD NRI Tahun 1945

1. Norma hukum HAM dalam konstitusi

Ajaran negara berkonstitusi (*constitutionalism*) yang secara esensial mengandung makna pembatasan kekuasaan pemerintahan (*limited goverment*) dan perlindungan hak-hak rakyat dari tindakan sewenang wenang pemerintah terutama yang menyangkut HAM atau hak dasar rakyat.[11] Pilihan dalam menjalankan negara Indonesia adalah demokrasi. Dalam demokrasi tersebut selalu sejalan dengan jaminan HAM. Demokrasi prosedural menunjukan wajahnya yang penuh paradoks. Di satu sisi merupakan keniscayaan dan di sisi lain banyak praktek demokrasi yang menjadi residu kesejatian hubungan kemanusiaan.[12] Aturan dasar yang berbentuk tertulis sebagai kesepakatan bersama berupa konstitusi negara dapat dijadikan arahan dalam proses penyelenggaraan negara. Selain sebagai pedoman bernegara juga terdapat upaya perlindungan HAM. Proses pembentukan konstitusi tidak serta merta dapat langsung terbentuk tanpa ada landasan yang mendasarinya. Parameter waktu, pemangku jabatan, kondisi masyarakat dan sistem politik juga akan memberikan dampak pengaruh terhadap pembentukan konstitusi disebuah negara. Keadaan ini juga berlaku di Indonesia.

Penilaian terhadap konstitusi yaitu sebagai berikut: Pertama, konstitusi yang bernilai normatif dengan makna bahwa konstitusi yang telah resmi diterima oleh suatu negara bukan hanya berlaku dalam arti hukum. Akan tetapi juga merupakan suatu kenyataan yang hidup dalam arti sepenuhnya dan efektif. Kedua, konstitusi yang bernilai normal dengan makna bahwa konstitusi tetap berlaku akan tetapi dalam kenyataannya kurang sempurna. Kekurangsempurnaan berlaku konstitusi karena pasal-pasal tertentu dalam kenyataannya berlaku. Ketiga, konstitusi yang bernilai simantik dengan makna konstitusi yang secara hukum telah

---

11 Bagir manan, *Lembaga Kepresidenan* (Yogyakarta: UII Press, 2003), hlm.13.

12 Andi Faisal Bakti, *Literasi Politik Dan Konsolidasi Demokrasi* (Jakarta: Churia Press), hlm.109.

berlaku namun kenyataannya adalah sekedar untuk memberikan bentuk dari tempat yang telah ada dan dipergunakan untuk melakukan politik. Berkenaan dengan sifat konstitusi secara garis besar dibedakan menjadi 2 (dua) macam yaitu "rigit" dan "fleksibel". Rigit dan fleksibel akan tergantung dari parameter cara merubah konstitusi dan konstitusi tersebut apakah masih mengikuti perkembangan zaman atau tidak.[13] Penulis menelaah bahwa adanya jaminan HAM dalam UUD NRI Tahun 1945 telah diatur mulai Pasal 28A sampai 28J. Dalam Pasal 28A disebutkan secara jelas tentang hak akan hidup dan mempertahankan hidupnya. Dalam Pasal 28J ditutup dengan batasan limitatif guna menjalankan adanya HAM. Tolak ukur dan parameter HAM dalam Pasal 28J merupakan landasan yang wajib ditaati bagi setiap warga negara.

2. Linearisasi antara HAM dengan Pancasila

Louis Althusser berpendapat bahwa ideologi merupakan bentuk keberadaan dan Mannheim membedakan konsep khusus dan umum tentang ideologi. Konsep khusus menyangkut pada orang yang merasa skeptik terhadap gagasan dan representasi yang dipaparkan oleh musuh. Ideologi umum mengarah pada kelompok sosial.[14] Pancasila sebagai kepribadian unik bangsa Indonesia. Negara kebangsaan yang berupa kepulauan Indonesia terbentuk dengan karakteristik yang amat unik dan spesifik. Indonesia saat ini telah menjadi satu negara bangsa (*nation state*) meski terdiri dari beragam bahasa, etnik atau suku bangsa, ras, dan kepulauan.[15] Keanekaragaman bangsa akan menjadi tolak ukur dalam penerapan HAM dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Perlindungannya pun telah dijamin oleh negara melalui konstitusi.

Upaya perlindungan HAM terhadap manusia terdapat banyak istilah. Terdapat dua istilah secara prinsipil. HAM secara umum

---

13 *Ibid,* hlm. 52-53.

14 Haryatmoko, *Etika Politik dan Kekuasaan* (Jakarta: Buku Kompas, 2003), hlm.7.

15 Daud Aris Tanudirjo dkk, *Generasi Muda Bicara Pancasila* (Yogyakarta: Penerbit Ombak), hlm. 67-68.

dan HAM dasar atau kodrat. Menurut Miriam Budiardjo yang mengatakan bahwa hak asasi adalah hak yang dimiliki manusia yang telah diperoleh dan dibawanya bersamaan dengan kelahirannya dalam kehidupan masyarakat.[16] Dalam sebuah sub sistem hukum maupun yang ada di dalam masyarakat, memiliki fungsi untuk mendistribusikan dan menjaga alokasi nilai-nilai yang benar menurut masyarakat. Alokasi ini yang tertanam dengan kebenaran bahwa itu keadilan. Sistem hukum yang dibuat negara menjamin adanya distribusi yang benar dan tepat di antara orang-orang dan kelompok.[17]

Paradigma universalisme dan relativisme HAM sangat tergantung dari tempat diberlakukannya. Konsep umum dan secara teoritis universalisme HAM tidak perlu ada pengakuan dari pemerintah atau dari suatu sistem hukum karena pada dasarnya HAM berasal dari manusia.[18] Hal ini bagi pandangan Penulis, makna universalisme secara holisitk tentunya tidak dapat diterapkan di Indonesia. Konsep relativisme HAM di Idonesia sangat linear dengan corak dan keberagaman bangsa. Berdasarkan fakta dalam masyarakat Indonesia tersebut, telah disepakati bersama adanya Pancasila sebagai dasar dalam proses kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara termasuk dalam penerapan HAM. Adanya ideologi negara Indonesia berupa Pancasila telah dipatenkan dalam alenia IV konstitusi dan sejalan dengan tujuan negara. HAM adalah bagian dari upaya negara mencapai tujuan negara. Nilai-nilai yang ada di dalam Pancasila dari sila I-V merupakan nilai-nilai dari HAM yang meliputi seluruh aspek kehidupan masyarakat Indonesia.

---

16 Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1991), hlm. 120.

17 Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, diterjemahkan oleh M. Khozim, *Sistem Hukum: Perspektif Sosial* (Bandung: Nusa Media, 2013), hlm. 19.

18 Todung Mulyo Lubis, *In Search of Human Rights Legal-Political Dilemma's of Indonesia New Order 1966-1990* (Jakarta: Gramedia, 1993), hlm.15

Polarisasi HAM dalam praktek 3 (tiga) pilar berbangsa dan bernegara di Indonesia

1. Korelasi antara negara dan HAM

Sebagai negara hukum semua orang tentu memiliki hak dan kedudukan yang sama di depan hukum. Semua diapandang sama baik dalam kedudukan dan pangkat (*equality before the law*).[19] Negara dan hak bagi warga negara telah diikat dalam konstitusi sebagai hukum tertinggi negara. Konstitusionalisme menurut William G. Andrew menggambarkan 2 (dua) prinsip yang bebeda tetapi akan saling berkaitan yaitu sebagai berikut: Pertama, Hubungan antara kewenangan dan warga negara. Kedua, Hubungan antara pemerintah dan warga Negara.[20]

Menurut Wolin ciri-ciri pemerintahan konstitusional adalah sebagai berikut: Pertama, ada prosedur hukum untuk memberi wewenang kepada pejabat. Kedua, Ada batasan yang efektif terhadap penggunaan kekuasaan. Ketiga, ada prosedur yang dilembagakan untuk menjamin pertanggung jawaban dan *accountability* dari pejabat -pejabat pemerintah. Keempat, ada satu sistem jaminan hukum bagi HAM warga negara. Teori modern tentang konstitusionalisme menurut Wolin adalah tujuan utama bentuk pemerintahan konstitusional adalah membatasi pelaksanaan kekuasaan politik untuk mencegah penyalahgunaannya. Tujuan ini dapat dicapai tanpa mengorbankan tujuan-tujuan keamanan atau ketertiban yang merupakan inti dari setiap jenis sistem politik. Konstitusionalisme menuntut adanya pengaruh yang ketat baik mengenai organisasi jabatan publik tertentu maupun cara-cara pelaksanaan tugas pemerintah.[21]

Bagi setiap warga negara wajib sejalan dengan garis aturan negaranya. Manusia Indonesia merupakan species (kekhususan)

---

19 Oksidelfa Yanto, Mafia Hukum *"Membongkar Konspirasi dan Manipulasi di Indonesia"* (Jakarta: Penebar Swadaya Group, 2010), hlm. 3.

20 Ni'matul Huda dkk, *Kontribusi Pemikiran Untuk 50 Tahun Prof.Dr.Moh. Mahfud.,S.H "Retropeksi Terhadap Masalah Hukum dan Kenegaraan"* (Yogyakarta: UII Press, 2007), hlm. 11.

21 Syahda guruh, *Menimbang otonomi daerah vs federal* (Bandung: PT Remaja Rosdakarya, 2000), hlm. 133.

dari manusia pada umumnya secara universal (genus) yaitu manusia yang secara yuridis formal (positivistik berstatus sebagai WNI). Kita harus memahami menusia Indonesia, maka dalam keanekaragamannya baik budaya, sosial, ekonomi, politik, etnik dan lain-lain.[22] Indonesia termasuk bagian negara yang menempatkan konstitusi merupakan hukum tertinggi dalam proses penyelenggaraan tata pemerintahan. HAM dijalankan sebagai upaya harmonisasi-legitimasi dalam urusan penyelenggaran pemerintahan sehari-hari.[23] Negara kesatuan tidak terlepas dari kebijakan pemerintah yang meletakan HAM dalam semua aturan negara dalam bingkai hukum tertulis sebagai sumber hukum yang wajib ditaati oleh seluruh warga negara. Hal ini juga dipertegas dalam Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 disebutkan "Negara Indonesia adalah negara hukum". Penegakan hukum untuk melindungi warga Negaranya merupakan manifestasi sebagai upaya menjamin HAM bagi warga negaranya. Hukum yang dikeluarkan oleh negara merupakan landasan yuridis-formal untuk menjamin martabat dan kehormatan warga negara.

Kepastian hukum (*rechtssicherkeit, security rechtszekerheid*) adalah sesuatu yang baru yaitu sejak hukum dituliskan, dipositifkan dan menjadi publik. Kepastian hukum menyangkut masalah *"law being written down"* bukan tentang keadilan dan kemanfaatan. Ada 4 (empat) hal yang berkaitan dengan makna kepastian yaitu sebagai berikut: Pertama, hukum itu adalah positif artinya hanya sebuag perundang-undangan. Kedua, hukum ini didasarkan pada fakta bukan perumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim. Ketiga, fakta itu harus dirumuskan dengan cara yang jelas, sehingga akan menghindari kekeliruan dalam pemaknaan di

---

22 Sudjito bin Atmoredjo, *Memahami Indonesia secara holistic* (Yogyakarta: PSP Press, 2012), hlm.21.

23 Berkaitan ini, dari pengamatan Penulis "political will"dari negara sejak reformasi telah ada. Bahkan sebelum amandemen konstitusi II tentang substansi HAM, negara telah memberikan penghormatan HAM melalui TAP MPR No. XVII Tahun 1998 tentang HAM, Piagam Nasional tentang HAM dan adanya muatan HAM dalam setiap sidang tahunan MPR. Bahkan yang lebih tegas negara mengeluarkan UU No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Selain itu juga dibentuk Komnas HAM.

samping juga mudah dijalankan. Keempat, hukum positif itu tidak boleh dirubah-rubah.[24] Cita hukum, Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945, nilai-nilai, asas-asas, dan kaidah-kaidah hukum adalah proses dialektika kepentingan dan politik.[25] Kata Francis Fukuyama bahwa *"but paticulary in the developing world, weak, incompetent or non existent government is the common source of severe problem"*. Kedaulatan sebuah negara menjadi tidak berarti, jika negara tersebut lemah. Dengan paradigma ini adanya kecenderungan menuju kepada masyarakat yang merdeka *(civil society)* dan menolak otoritrianisme serta kekuasaan hegemoni pada Negara.[26] Penciptaan masyarakat yang adil demi menuju *"civil society"* tidak boleh terlepas tujuan negara guna mewujudkan HAM dan persamaan hukum demi warga negaranya. Demokrasi merupakan paradigma yang memberikan kebebasan yang seluas-luasnya bagi warga negara demi mewujudkan HAM baik di depan hukum dan pemerintahan.

Julius Stahl secara eksplisit menyebutkan adanya perlindungan HAM sebagai salah 1 dar 4 hal dalam *rectsstaat*. Sedangkan A.V. Dicey menyebutkan istilah *due process af law* dan terjaminnya HAM sebagai salah 1 dari cirinya *rule of law*.[27] Konstruksi berpikir HAM pada intinya mengajak pada universalitas nilai-nilai kemanusiaan. Perdebatan dalam cakupan dan tendensinya adalah konsekuensi diri dari dari pikiran cerdas dalam rangka membangun wibawa dan martabat bangsa yang telah sekian lama sunyi dari batas-batas kehidupan HAM. Adanya HAM dan demokrasi memiliki kaitan yang sangat kuat. Demokrasi memberikan pengakuan lahirnya keikutsertaan publik secara luas dalam pemerintah. Dalam perkembangannya sejarah awal demokrasi terjadi desakan ke arah hadirnya kedaulatan. Aktualisasi peran publik dalam ranah

---

[24] Ni'matul Huda dkk, *Kontribusi Pemikiran Untuk 50 Tahun Prof.Dr.Moh. Mahfud.,S.H "Retropeksi Terhadap Masalah Hukum dan Kenegaraan"* (Yogyakarta: UII Press, 2007), hlm. 291.

[25] Sarip dan Achmad Rizky Pratama, *Mengungkap Wajah Peradilan Tata Negara Indonesia* (Yogyakarta: Genta Press, 2008), hlm.64.

[26] Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum Membahagiakan Rakyatnya* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm.77.

[27] Mardenis, *Pemberantasan Terorisme "Politik Internasional dan Politik Hukum Nasional Indonesia"* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2011), hlm.119.

pemerintahan memungkinkan untuk terciptanya kepercayaan public.[28]

Berbicara sistem politik pada intinya bicara pilihan sistem politik. Sistem politik diktator dan aturan sisten politik demokratis kerakyatan. Walaupun dalam praktiknya terdapat jaringan antara kedua sistem politik tersebut. Sistem politik mempunyai timbal balik dengan hukum serta berdampak langsung terhadap penegakan dan pengakuan terhadap HAM.[29] Dalam keadaan ini, maka negara hadir tidak boleh justru yang melakukan pelanggaran HAM dan mengekang HAM bagi warga negaranya. Demokrasi adalah kebebasan bagi warga negara. Kebebasan juga ada batasannya. Jika negara adalah bagian dari pelaku yang melanggar HAM, maka negara telah menunjukan ukuran keterlibatan minimal.[30] Negara dan HAM merupakan satu kesatuan. Negara dan pelaksanaan HAM adalah bagian dari siklus penempatan *"civil society"* dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.

2. Dogma ideologi negara dan 3 (tiga) pilar berbangsa dan bernegara demi persatuan Indonesia.

Berkaitan dengan Pancasila dan alat pemersatu bangsa, Penulis hadirkan yaitu sebagai berikut:

> Pancasila adalah salah satu alat pemersatu yang saya yakin seyakin yakinnya bangsa Indonesia dari Sabang sampai Merauke hanyalah dapat bersatu padu di atas Pancasila itu dan bukan saja alat pemersatu untuk diatasnya kita letakan negara Republik Indonesia, tetapi juga pada hakikatnya satu alat pemersatu dalam perjuangan kita.[31]

---

28 Mahda ElMuhtaj, *Dimensi HAM Mengurai Hak Ekonomi,Soaial dan Budaya* (Jakarta: Rajawali Press, 2008), hlm. 44.

29 Mansyhur Effendy, *Perkembangan Dimensi HAM dan Proses Dinamika Penyusunan Hukum Hak Asasi Manusia (HAK HAM)* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2005), hlm. 54.

30 Rachland Nashidik, *Catatan Pelengkap Hak Asasi Manusia* (Bandung:PBHI, 2000), hlm.3

31 Penulis kutip secara langsung dari sebagian inti dari Pidato Presiden Soekarno pada kursus Pancasila pada tanggal 26 Mei 1958, lihat juga dalam buku yang

Polemik penggunaan frasa "empar pilar berbangsa dan bernegara"[32] telah mendapatkan tafsir dari Mahkamah Konstitusi (MK) melalui Putusan Mahkamah Konstitusi (PMK) No.100/PUU-XI/2013. Polemik yang terjadi tidak sekedar frasa tersebut, tapi telah menempatkan "Pancasila" sejajar dengan pilar yang lain. Penempatan Pancasila menjadi bagian dari 4 (empat) pilar adalah dianggap tidak wajar. Pancasila sebagai ideologi negara seperti sebuah bangunan hanya terjadi sekali (*einmalig*) dan telah disepakati oleh para pendiri bangsa. Pancasila tidak sejajar dengan 4 (empat) pilar yang lain, karena Pancasila adalah fondasi dari bagi pilar-pilar lainnya.

Konsekuensi logis dari putusan MK tersebut telah berimplikasi terhadap pergeseran makna distorsi dalam praktek ketatanegaraan. MPR merupakan pihak yang menggunakan istilah "empat pilar kebangsaan" dalam memberikan bagian pendidikan politik terhadap masyarakat. Perlu diperhatikan bagi MPR dengan adanya putusan tersebut, MPR tidak boleh menempatkan "Pancasila" sejajar dengan yang lain. Hal paling penting adalah tidak lagi menggunakan istilah "empat pilar kebangsaan" karena nanti dikhawatirkan dogma tersebut akan mengakar dan mendarah daging terhadap *"mind site"* masyarakat dengan memandang Pancasila masih bagian dari 4 (empat) pilar.

Pasca pengembalian Pancasila sebagai ideologi negara dan bukan bagian dari 4 (empat) pilar, maka akan lebih mudah untuk menempatkan posisi HAM sebagai bagian dari ideologisasi negara. Untuk menelaah lebih lanjut antara HAM dengan praktek 3 (tiga)

---

disusun oleh Tim Panitia Kongres Pancasila IX. *Pancasila Dasar Negara*. (Yogyakarta: Gajah Mada University, 2017), hlm. 30.

32 Lihat dalam Pasal 34 ayat 3a dan 3b UU No.2 Tahun 2008 jo UU No.2 Tahun 2011 tentang Partai Politik. Dalam amar Putusan Mahkamah Konstitusi (PMK) No.100/PUU-XI/2013 menyatakan "mengabulkan permohonan para pemohon….". Hal ini menyebabkan frasa tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat lagi. Putusan tersebut diawali tanggal 18 Maret 2014 pada Rapat Pemusyawaratan Hakim dengan 2 (dua) hakim dari 8 (delapan) hakim yang memiliki "dissenting opinion" yaitu Arief Hidayat dan Patrialis Akbar. Diputuskan dalam sidang pleno terbuka untuk umum tanggal 3 April 2014.

pilar berbangsa dan bernegara demi persatuan bangsa, Penulis akan jabarkan sebagai berikut:

a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
Konstitusionalisme yakni paham tentang kekuasaan pemerintah dan kekuasaan mayoritas yang harus dibatasi oleh hak-hak perseorangan sistem cek dan keseimbangan yang semuanya tercantum dalam sebuh konstitusi.[33] Kekuasaan pemerintahan dan kekuasaan mayoritas harus dibatasi oleh perlindungan HAM perorangan atau kelompok minoritas.[34] UUD NRI Tahun 1945 adalah bagian dari proses konstitusionalisme negara. Kelompok mayoritas dan minoritas tidak dikenal dalam konsep konstitusi di Indonesia. Semua sama dan tidak ada perbedaan. Implementasi HAM sejalan dengan konstitusi. HAM selalu melindungi kepentingan mayoritas dan minoritas. Universalisme HAM sebagain masih dicantumkan dalam muatan norma hukumnya. Hanya sebagai bahan pertimbangan, bukan diadopsi semuanya. Disesuaikan dengan corak khusus *"culture of values"* bangsa Indonesia. Norma hukum konstitusi selalu sejalan dengan ideologi negara dan ciri khas HAM partikuler di Indonesia.

b. Bhinneka Tunggal Ika
Dalam Pasal 36A UUD NRI Tahun 1945 disebutkan "Lambang Negara Indonesia ialah Garuda Pancasila dengan semboyan Bhinneka Tunggal Ika". Bukan hanya sebagai semboyan yang tidak memiliki sebuah arti. Makna yang sederhana adalah "berbeda-beda, akan tetapi tetap satu juga". Berbeda agama, bahasa, ras, golongan, adat istiadat bukan merupakan sebuah pemisah, justru akan menjadi perekat dalam *"unity in diversity"*. Satu dalam semangat untuk nasionalisme demi Indonesia.

Dogma Bhinneka Tunggal Ika dalam perspektif kelompok mayoritas dan minoritas adalah sama. Pelaksanaan HAM bagi

---

33 Usman Hamid, 2011. *Mengimani Kemanusiaan: Catatan Kecil Seputar HAM* (Jakarta: CV Rinam Antartika, 2011), hlm. 73.

34 *Ibid*, hlm. 81.

setiap warga negara pun sama, tidak ada perbedaan. Negara pun demi menghargai adanya semboyan tersebut tidak lagi membedakan warganya dalam keadaan apapun. Perbedaan ras dan etnis khususnya tidak ada lagi sekat. Perbedaan dianggap negara tidak ada lagi. HAM warga negara sama. Penghapusan diskriminasi ras dan etnis bertujuan mewujudkan kekeluargaan, persaudaraan, persahabatan, perdamaian, keserasian, keamanan, dan kehidupan bermata pencaharian di antara warga negara yang padadasarnya selalu hidup berdampingan.[35]

Kekuasaan mayoritas yang kerap dianggap kekuasaan tertinggi dalam demokrasi tidak jarang menciptakan kebijakan atau tindakan yang melanggar atau yang membatasi perlindungan hak-hak perseorangan atau kelompok minoritas sebetulnya menjadi batas agar kekuasaan itu tidak tirani.[36] Sekat dan dikotomi mayoritas dan minoritas telah dibingkai dalam semboyan negara Bhinneka Tunggal Ika.

c. Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI)

Setiap orang berhak hidup di dalam tatanan masyarakat dan kenegaraan yang damai, aman, dan tenteram, yang menghormati, melindungi dan melaksanakan sepenuhnya HAM dan kewajiban dasar manusia.[37] Konsep negara kesatuan telah mendapatkan legitimasi dalam konstitusi. Konstitusi menghromati warga negaranya sebagai bagian dari upaya penegakan HAM. Jaminan tersebut merupakan pegangan dasar dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

Adanya otonomi daerah bukan merupakan konsep adanya pemisahan atas negara kesatuan.[38] Adanya NKRI tentunya adalah bentuk penghormatan terhadap perbedaan bangsa. Pluralitas dan primordial bangsa antara daerah di Indonesia tidaklah sama. Semua

---

35 Lihat dalam Pasal 3 UU No.40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis.

36 Usman Hamid, 2011. *Mengimani Kemanusiaan: Catatan Kecil Seputar HAM* (Jakarta: CV Rinam Antartika, 2011), hlm. 75.

37 Lihat dalam Pasal 35 UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM.

38 Berkaitan dengan korelasi NKRI dan otonomi daerah dapat dicermati dan dilihat dalam "original intent" Pasal 18 UUD NRI Tahun 1945.

memiliki ragam dan karakteristik yang berbeda. Legitimasi dalam negara kesatuan adalah upaya dari negara untuk ikut serta dalam melindungi hak-haknya warga negaranya. NKRI ini sejalan dengan semboyan negara Indonesia yaitu Bhinneka Tunggal Ika. Hal ini juga berdampak terhadap praktek dan perlindungan HAM. Pelaksanaan HAM tetap ada batasnya. Tidak boleh melanggar dan adanya dikotomi serta polarisasi antara pihak mayoritas dan minoritas. Adanya NKRI merupakan jawaban atas komplesitas dari masyarakat Indonesia.

Demokrasi adalah pilihan bagi Indonesia. Demokrasi saja tidak cukup untuk memberikan persatuan dan kesatuan bangsa jika tidak ada bingkai negara. Dalam keadaan ini, pilihan yang tepat adalah adanya "negara kesatuan". Hal ini sejalan dengan Pasal 1 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945. NKRI adalah bingkai pluralisme dan jaminan HAM bagi seluruh warga negara Indonesia.

Kesimpulan

HAM telah dijamin oleh konstitusi negara sebagai hukum tertinggi yang terdapat dalam UUD NRI Tahun 1945. Pelaksanaan HAM sejalan dengan konstitusi. HAM juga telah dibatasi dalam implementasinya. Selain itu dalam alenia IV konstitusi terdapat bingkai ideologi negara berupa Pancasila sebagai landasan pelaksanaan dalam mencapai tujuan negara. Termasuk juga dalam pelaksanaan HAM. Nilai-nilai Pancasila telah diadopsi dari konsep HAM di Indonesia. Paradigma HAM univesalisme tentunya tidak dapat dijalankan secara murni di Indonesia. HAM di Indonesia memiliki corak khusus dan relativisme berdasarkan budaya bangsa. Berbagai macam dan nilai-nilai budaya bangsa telah terinternalisasi dalam ideologi negara yaitu Pancasila. Dengan demikian HAM dan Pancasila selalu sejalan dan tidak boleh saling bertentangan.

Pancasila sebagai ideologi negara telah mendapat legitimasi dan benteng dari putusan Mahkamah Konstitusi (PMK) No.100 /PUU-XI/2013. Pancasila sudah paten sebagai ideologi negara dan tidak boleh disejajarkan dengan yang lain. Pasca putusan MK tersebut MPR tidak boleh lagi menggunakan istilah "empat pilar

kebangsaan". Hal ini berdampak terhadap kerancuan secara konstitusional dan norma hukum jika masih digunakan. Pancasila bukan lagi bagian dari empat pilar kebangsaan lagi. Pilar kebangsaan hanya terdiri dari UUD NRI Tahun 1945, Bhinneka Tunggal Ika dan NKRI. Ketiganya wajib dijalan secara seimbang dalam mencapai tujuan bernegara. Demikian juga dalam pelaksanaan HAM jika sudah tepat dalam meletakan posisi Pancasila dengan pilar kebangsaan lainnya, maka HAM akan pada tempat yang strategis dalam menjaga pluralisme dan primordial bangsa. Penghormatan HAM adalah kunci dalam menjaga agar 3 (tiga) pilar kebangsaan dalam berjalan dengan baik demi mencapai tujuan bernegara.

Berdasarkan analisis tersebut, ada beberapa hal dapat dilakukan oleh negara untuk mengimplementasikan norma-norma HAM. Pertama, negara sebaiknya, selalu memberikan perlindungan dan penghormatan HAM bagi warga negaranya tanpa memandang kelompok mayoritas dan moniritas. Harus dijalankan secara adil tanpa ada diskriminasi. Kedua, bagi setiap warga negara, sebaiknya dapat menjalankan HAM tidak secara berlebihan agar tidak terjadi dis integrasi bangsa. Selanjutnya, HAM tidak boleh dan sebaiknya tidak digunakan demi kepentingan pribadi dan/atau golongan tertentu saja karena kepentingan bangsa dan negara adalah yang pertama dan paling utama.

Berkaitan dengan posisi Pancasila sebagai ideologi negara, Penulis memberikan pilihan dalam meletakan posisi Pancasila terhadap 3 (tiga) pilar kebangsaan, Pertama adalah "Tiga Pilar Berbangsa dan Bernegara Berdasarkan Pancasila". Kedua, adalah "Pancasila Sebagai Fondasi Tiga Pilar Berbangsa dan Bernegara". Istilah tersebut dapat tetap digunakan oleh MPR tanpa harus menggunakan istilah "4 (empat) pilar kebangsaan" lagi. Pelaksanaan HAM sebaiknya dapat berjalan seimbang dengan 3 (tiga) pilar kebangsaan berupa UUD NRI Tahun 1945, Bhinneka Tunggal Ika dan NKRI.

Daftar Pustaka

Buku

A. Gunawan Setiardjo. 1993. *Hak-Hak Manusia Berdasarkan Ideologi Pancasila*. Yogyakarta: Kanisius

Andi Faisal Bakti. 2012. *Literasi Politik Dan Konsolidasi Demokrasi*. Jakarta:ChuriaPress.

Azhary. 1995. *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*. Jakarta: UI Press.

Bagir Manan. 2003. *Lembaga Kepresidenan*. Yogyakarta: UII Press.

David Foryste. 1978. *Hak Asasi Manusia dan Politik Dunia*. Bandung:Angkasa.

Dede Mariana dan Caroline Paskarina. 2008. *Demokrasi dan Politik desentralisasi*. Yogyakarta:Graha Ilmu.

Daud Aris Tanudirjo dkk. 2013. *Generasi Muda Bicara Pancasila*. Yogyakarta: Penerbit Ombak.

Didi Nazmi Yunus. 1992. *Konsep Negara Hukum*. Jakarta: Padang: Angkasa Raya.

Haryatmoko. 2003. *Etika Politik dan Kekuasaan* . Jakarta: Buku Kompas.

Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, diterjemahkan oleh M. Khozim. 2013. *Sistem Hukum: Perspektif Sosial*. Bandung: Nusa Media.

Miriam Budiardjo. 1991. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.

Mahda El Muhtaj, Mahda. 2008. *Dimensi HAM Mengurai Hak Ekonomi,Soaial dan Budaya*. Jakarta:Rajawali Press.

Mahrus Ali. 2013. *Membumikan Hukum Progresif*. Yogyakarta: Aswaja Pressindo.

Mansyhur Effendy. 2005. *Perkembangan Dimensi HAM dan Proses Dinamika Penyusunan Hukum Hak Asasi Manusia (HAK HAM)*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.

Mardenis. 2011. *Pemberantasan Terorisme "Politik Internasional dan Politik Hukum Nasional Indonesia"*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.

Muladi. 1997. *Hak Asasi Manusia dan Sistem Peradilan Pidana*. Semarang : Badan Penerbit.

Ni'matul Huda, dkk. 2007. *Kontribusi Pemikiran Untuk 50 Tahun Prof.Dr.Moh.Mahfud.,S.H"Retropeksi Terhadap Masalah Hukum dan Kenegaraan"*. Yogyakarta: UII Press

Oksidelfa Yanto. 2010. Mafia Hukum *"Membongkar Konspirasi dan Manipulasi di Indonesia"*. Jakarta: Penebar Swadaya Group

Rachland Nashidik. 2000. *Catatan Pelengkap Hak Asasi Manusia*. Bandung: PBHI.

Rhona K.M. Smith dkk. 2008. *Hukum Hak Asasi Manusia*. Yogayakarta: PUSHAM UII.

S.F Marbun. 2003. *Peradilan Administrasi dan Upaya Administrasi di Indonesia*. Yogyakarta: UII Press.

Sudjito bin Atmoredjo. 2012. *Memahami Indonesia secara holistic*. Yogyakarta: PSP Press.

Satjipto Rahardjo. 2009. *Negara Hukum Membahagiakan Rakyatnya*. Yogyakarta: Genta Publishing.

Sarip dan Achmad Rizky Pratama. 2008. *Mengungkap Wajah Peradilan Tata Negara Indonesia*. Yogyakarta: Genta Press.

Syahda Guruh. 2000. *Menimbang otonomi daerah vs federal*. Bandung: PT Remaja Rosdakarya.

Todung Mulyo Lubis. 1993. *In Search of Human Rights Legal-Political Dilemma's of Indonesia New Order 1966-1990*. Jakarta: Gramedia.

Usman Hamid. 2011. *Mengimani Kemanusiaan*: Catatan Kecil Seputar HAM. Jakarta: CVRinam Antartika.

Sumber peraturan perundang-undandangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

Undang-Undang No.40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis

Undang-Undang No.2 Tahun 2008 jo Undang-Undang No.2 Tahun 2011 tentang Partai Politik

Hak Pilih sebagai Hak Konstitusional: Hak Konstitusional Turunan ataukah Hak Tersirat?

Bisariyadi

Pendahuluan

Perkembangan gagasan demokrasi berdampak pada meningkatnya kepentingan untuk membekali setiap orang dengan perlindungan atas hak pilihnya (*universal suffrage*). Dalam beberapa instrumen internasional keberadaan hak pilih diakui dan dilindungi. Pasal 21 (3) Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) 1948 menyatakan:

> Kehendak rakyat harus menjadi dasar kekuasaan pemerintah; kehendak ini harus dinyatakan dalam pemilihan umum yang dilaksanakan secara berkala dan jujur dan yang dilakukan menurut hak pilih yang bersifat umum dan yang tidak membeda-bedakan, dan dengan pemungutan suara yang rahasia ataupun menurut cara-cara lain yang menjamin kebebasan memberikan suara.[1]

Begitu pula, Konvensi Internasional mengenai Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*, ICCPR), yang telah diratifikasi Indonesia dengan UU Nomor 12 Tahun 2005, menyebutkan, pada Pasal 25, bahwa

> Setiap warga negara harus mempunyai hak dan kesempatan, tanpa pembedaan apapun sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 dan tanpa pembatasan yang tidak beralasan: (a) Ikut dalam pelaksanaan urusan pemerintahan, baik secara langsung atau

---

[1] Terjemahan resmi dari Perserikatan Bangsa-Bangsa yang dilakukan oleh *United Nations Information Centre, Indonesia* sebagaimana dimuat dalamhttp: //www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=inz

melalui wakil-wakil yang dipilih secara bebas. (b) Memilih dan dipilih pada pemilihan umum berkala yang jujur, dan dengan hak pilih yang universal dan sama, serta dilakukan melalui pemungutan suara secara rahasia untuk menjamin kebebasan dalam menyatakan kemauan dari para pemilih.[2]

Pemuatan hak pilih dalam instrumen internasional menunjukkan bahwa hak ini berpotensi sebagai senjata sakti yang dimiliki seorang warga negara dalam rangka mengimbangi kebijakan-kebijakan negara yang mengancam kebebasan warga negara untuk berpartisipasi dalam pemilihan umum. Hak pilih juga merupakan gerbang bagi setiap orang untuk duduk dalam pemerintahan melalui perlakuan yang setara dan tidak diskriminatif. Oleh karenanya, memperbincangkan hak pilih tidak terlepas dari dua dimensi, yaitu hak memilih (*right to vote*) dan hak untuk dipilih (*right to be elected*).

Begitu pentingnya makna perlindungan hak pilih membuat banyak negara demokratis di dunia mencantumkannya sebagai bagian dari hak warga negara dalam konstitusinya. Dari survei yang dilakukan penulis atas 190 konstitusi negara, terdapat 127 negara yang memuat hak pilih dalam konstitusinya.[3] Menariknya adalah Indonesia tidak termasuk dalam daftar negara-negara yang mencantumkan hak pilih sebagai hak konstitusional. UUD 1945 tidak memuat secara eksplisit perlindungan hak pilih warga negara. Akan tetapi, dalam beberapa perkara konstitusional yang telah diputus oleh Mahkamah Konstitusi (MK), sebagaimana akan dibahas dalam bagian berikutnya di tulisan ini, hak pilih merupakan batu uji konstitusional yang digunakan hakim untuk memeriksa konstitusionalitas kebijakan yang diambil oleh pemerintah.

---

2 Sebagaimana terjemahan ke dalam Bahasa Indonesia dari ICCPR yang dimuat dalam Lampiran UU Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil dan Politik).

3 Survei kecil dilakukan melalui situs <https://www.constituteproject.org/> yang diakses pada tanggal 24 Juli 2017, dengan memasukkan kata kunci "*right to vote*". Sedangkan berdasarkan kata kunci "*right to be elected*" ada 11 negara yang memuat hak ini secara tersurat dalam konstitusinya.

Tulisan ini bermaksud untuk mencari tahu dasar argumentasi majelis hakim MK akan penggunaan hak pilih sebagai batu uji yang digunakan oleh MK meskipun kedudukannya bukanlah sebagai hak konstitusional. Dalam mencapai tujuan tersebut, akan ditelaah beberapa putusan yang terkait dengan penggunaan hak pilih sebagai batu uji. Hak pilih yang dimaksudkan dalam tulisan ini adalah dalam lingkup sebagai hak untuk memilih (*right to vote*) dan hak untuk dipilih (*right to be elected*) sehingga putusan-putusan MK yang menjadi fokus penelitian adalah putusan yang mempertimbangkan hak memilih dan dipilih sebagai batu uji konstitusionalnya.[4]

Merekonstruksi Hak Pilih Sebagai Hak Konstitusional

Wacana pembatasan antara hak konstitusional dengan hak asasi tidaklah banyak dikaji dalam literatur hukum di Indonesia. Kebanyakan orang memahami bahwa hak asasi pastilah tercantum dalam konstitusi. Padahal tidaklah demikian adanya. Hak asasi adalah hak fundamental yang diargumentasikan sebagai hak yang diperoleh secara kodrati sejak seorang manusia lahir di muka bumi. Namun, tidak semua hak kodrati tersebut dilindungi oleh konstitusi yang berlaku di sebuah negara tertentu. Oleh karenanya, hak konstitusional pastilah hak asasi bagi warga Negara akan tetapi hak asasi belum tentu termasuk sebagai hak konstitusional.

Pembidangan ini juga berkaitan dengan hak-hak yang digolongkan sebagai hak konstitusional (*constitutional rights*) yang dibedakan dengan hak-hak yang diatur dalam peraturan

---

4 Hakim Konstitusi Harjono, dalam *dissenting opinion*-nya pada Putusan Nomor 29/PUU-VIII/2010 berpendapat bahwa terdapat jenis hak yang sangat penting yang termasuk sebagai bagian dari hak pilih, yaitu hak untuk mengajukan calon (*right to propose candidate*). Rakyat sebegai pemegang kedaulatan juga harus diberikan hak untuk mengajukan calon dan bukan hanya dibatasi pilihannya pada calon-calon yang diajukan oleh partai politik semata. Harjono menegaskan kedudukannya bahwa rakyat yang tidak memiliki hak untuk mengajukan calon bukanlah proses demokrasi yang sebenarnya melainkan hanyalah sebagai alat pemberi legitimasi belaka. Lihat Putusan Nomor 29/PUU-VIII/2010, hlm [67].

perundang-undangan (*statutory rights*). Pada Bab XA UUD 1945 telah memuat bagian khusus yang mengatur mengenai perlindungan Hak Asasi Manusia. Namun demikian, beberapa peraturan perundangun-dangan juga diterbitkan untuk memuat perlindungan hak asasi manusia diantaranya, UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, begitu juga UU yang meratifikasi konvensi internasional berkaitan dengan hak asasi, diantaranya UU Nomor 11 Tahun 2005,[5] UU Nomor 12 Tahun 2005,[6] UU Nomor 29 Tahun 1999,[7] UU Nomor 7 Tahun 1984,[8] UU Nomor 6 Tahun 2012[9] dan UU Nomor 19 Tahun 2011.[10]

Dalam sejarah penyusunan UUD 1945, perdebatan mengenai pemuatan hak-hak warga negara juga memiliki tempat tersendiri. Secara sederhana, ada dua kubu yang berlainan pendapat, yaitu antara Hatta dan Yamin dengan Soekarno dan Soepomo. Kedua kubu ini berbeda pendapat dalam hal apakah hak-hak dasar warga

---

5 UU Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya), LNRI Tahun 2005 Nomor 118, TLNRI Nomor 4557

6 UU Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant On Civil And Political Rights* (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil Dan Politik), LNRI Tahun 2005 Nomor 119, TLNRI Nomor 4558;

7 UU Nomor 29 Tahun 1999 tentang Pengesahan *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* 1965 (Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial 1965)

8 UU nomor 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskiriminasi Terhadap Wanita (*Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women*), LNRI Tahun 1984 Nomor 29, TLNRI Nomor 3227

9 UU Nomor 6 Tahun 2012 tentang Pengesahan *International Convention On The Protection Of The Rights Of All Migrant Workers And Members Of Their Families* (Konvensi Internasional Mengenai Perlindungan Hak-Hak Seluruh Pekerja Migran Dan Anggota Keluarganya), LNRI Tahun 2012 Nomor 115, TLNRI Nomor 5314

10 UU Nomor 19 Tahun 2011 tentang Pengesahan *Convention On The Rights Of Persons With Disabilities* (Konvensi Mengenai Hak-Hak Penyandang Disabilitas), LNRI Tahun 2011 Nomor 107, TLNRI Nomor 5251

negara perlu menjadi materi muatan konstitusi.[11] Dalam pidatonya pada Sidang Kedua Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan (BPUPK),[12] Soekarno menegaskan pandangannya "... buanglah sama sekali faham individualisme itu, janganlah dimasukkan dalam Undang-Undang Dasar kita yang dinamakan "*rights of the citizens*".[13] Sedangkan, Yamin berpendapat bahwa ".. supaya aturan kemerdekaan warga negeri dimasukkan ke dalam Undang-Undang Dasar dengan seluas-luasnya".[14]

Secara sederhana, perbedaan pandangan diantara para tokoh pendiri bangsa ini disimpulkan bahwa Yamin dan Hatta mengadopsi pandangan liberalistik yang individual. Akan tetapi kesimpulan ini justru menyesatkan. Hatta dan Yamin tidaklah berpandangan demikian. Hatta dalam rapat BPUPK menegaskan pendiriannya bahwa "... kita harus menentang individualisme... Kita mendirikan negara baru di atas dasar gotong royong dan hasil usaha bersama".[15] Lebih lanjut, Hatta menegaskan "... dalam *collectivisme* ada sedikit hak bagi anggota-anggota *collectivisme*, anggota-anggota dari keluarga itu untuk mengeluarkan perasaannya untuk mengadakan, menjadikan badan *collectivisme* itu dengan sebaik-baiknya."[16] Bagi Hatta, pengaturan hak itu perlu dimuat agar "negara pengurus" yang akan didirikan nantinya tidak menjadi negara kekuasaan.[17]

---

11 Bagir Manan dan Susi Dwi Harijanti, "Konstitusi dan Hak Asasi Manusia", [2016] 3 *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum*3, 462.

12 Lembaga ini seringkali disebut dengan "Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI)". Menurut RM AB. Kusuma, penggunaan kata "Indonesia" yang dilekatkan pada nama lembaga tersebut adalah tidak tepat. Lihat RM. AB. Kusuma (ed), *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, (Badan Penerbit FHUI 2009), 1.

13 Saafroedin Bahar dan Nannie Hudawati (eds), *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)*, (Sekretariat Negara Republik Indonesia 1998), 283. Bandingkan dengan RM. AB. Kusuma (ed), 352.

14 *ibid.*, 318; Bandingkan dengan RM. AB. Kusuma, 380.

15 *Loc.cit.*, Saafroedin Bahar, 286; Bandingkan dengan RM. AB. Kusuma, 354-355.

16 *Ibid.*, 287; Bandingkan dengan RM AB Kusuma, 355.

17 *ibid.*

Yamin mengambil posisi yang lebih tegas mengenai pengaturan hak rakyat dalam konstitusi. Menurutnya, ketentuan mengenai hak-hak dasar haruslah secara jelas, sebab ketidakjelasan pengaturan mengenai hak rakyat akan menimbulkan kekhilafan konstitusi (*grondwettelijke fout*), tidak hanya dalam persoalan hak yang menyangkut warga negara namun juga hak bagi seluruh penduduk.[18]

Pandangan Yamin di masa lampau justru menemui masanya sebab berkesesuaian dengan semangat zaman saat ini. Salah satu agenda reformasi (1998) adalah untuk mengubah UUD 1945. Dalam proses perubahan UUD, Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) yang menggawangi Perubahan UUD (tahun 1999-2002) bersepakat bahwa pengaturan mengenai hak-hak dasar warga negara haruslah tercantum secara jelas dalam konstitusi. Gagasan ini menjadi agenda dalam perubahan UUD 1945. Serangkaian hak-hak dasar warga negara kemudian dimuat dalam bab tersendiri. Pemuatan hak-hak dasar diiringi dengan perubahan sistem ketatanegaraan dengan pembentukan Mahkamah Konstitusi yang didesain untuk melindungi hak-hak warga negara melalui kewenangan pengujian UU terhadap UUD.

Hak Konstitusional Turunan

Dari serangkaian hak-hak dasar warga negara yang dimuat dalam UUD 1945, hak pilih tidak termasuk diantaranya, baik hak memilih maupun hak dipilih. Paling tidak hak pilih tidaklah tersurat dicantumkan sebagai hak konstitusional.

Hak pilih diakui sebagai *statutory right* dikarenakan pemuatannya dalam beberapa Undang-Undang.[19] Kedudukan hak pilih menjadi hak konstitusional adalah berasal dari penafsiran hukum yang dilakukan oleh MK. Pada Putusan perkara

---

18 *Ibid.*, 348; Bandingkan dengan RM. AB. Kusuma, 403.

19 Sebagaimana diatur dalam UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia [Pasal 23 ayat (1); Pasal 43 ayat (1); dan Pasal 49 ayat (1)] dan UU Nomor 12 Tahun 2005 mengenai Pengesahan *International Covenant On Civil And Political Rights* (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil Dan Politik)

konstitusionalitas hak mantan anggota Partai Komunis Indonesia (PKI) untuk mencalonkan diri sebagai anggota legislatif, MK berpendapat:

> "...bahwa hak konstitusional warga negara untuk memilih dan dipilih (*right to vote and right to be candidate*) adalah hak yang dijamin oleh konstitusi [penegasan oleh penulis], undang-undang maupun konvensi internasional, maka pembatasan penyimpangan, peniadaan dan penghapusan akan hak dimaksud merupakan pelanggaran terhadap hak asasi dari warga negara."[20]

Hak pilih yang dimaksud dalam Putusan diatas sejatinya adalah dalam konteks hak warga negara untuk mendapat kesempatan yang sama mencalonkan diri sebagai anggota legislatif dalam pemilu (*right to be candidate*). Namun, MK dalam pertimbangannya juga menyebutkan kedudukan hak memilih (*right to vote*) sebagai hak yang dijamin oleh konstitusi. Oleh karenanya, dengan serta merta hak untuk memilih dimasukkan kategori sebagai hak konstitusional.

Dalam UU Nomor 12 Tahun 2003 yang diuji oleh MK tercantum syarat calon anggota legislatif tidak boleh mapu tidak pernah terlibat secara langsung maupun tidak langsung dalam PKI termasuk organisasi massanya. Putusan MK mempertimbangkan Pasal 27, Pasal 28D dan Pasal 28Iayat (2) UUD 1945 yang mengatur mengenai kedudukan dan kesempatan yang sama bagi warga negara untuk duduk dalam pemerintahan tanpa ada diskriminasi. Ketentuan konstitusional tersebut merupakan batu uji yang diistilahkan dengan norma hak konstitusional (*constitutional rights norms*).

Bagaimana MK sampai pada kesimpulan bahwa hak untuk dipilih juga merupakan hak konstitusional? Meskipun MK tidak menjelaskan dalam putusannya namun pendapat MK ini dapat dilihat dengan pendekatan teori hak konstitusional yang diajukan oleh Robert Alexy. Secara teoritis, norma hak konstitusional diklasifikasikan dalam dua kelompok, yaitu (i) norma yang tertera jelas dalam teks konstitusi, dan (ii) norma hak konstitusional

---

[20] Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003, hlm[35].

turunan (*derivative norms*).[21] Hak warga negara yang tertera secara jelas dalam konstitusi adalah "kesempatan yang sama dalam hukum dan pemerintahan", sebagaimana tercantum dalam Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945.

Dari susunan semantik pada kedua Pasal tersebut juga dapat ditelusuri perbedaan gagasan dasar dari para penyusun UUD 1945. Pasal 27 merupakan salah satu pasal peninggalan dari pendiri bangsa yang disusun pada Tahun 1945. Sebagaimana didiskusikan sebelumnya, para pendiri bangsa menghindari penggunaan istilah "hak" bagi warga negara sebagai wujud penolakan atas ide individualistik dan bertentangan dengan semangat kebangsaan yang disusun atas usaha bersama dan kegotongroyongan. Oleh karenanya, susunan redaksional Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 menyatakan "Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan". Hal ini berbeda dengan susunan semantik pada Pasal 28D ayat (3) yang dengan tegas menyatakan "Setiap warga negara *berhak* [penegasan oleh penulis] memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan". Terlepas dari perbedaan gagasan dasar dalam penyusunan UUD, secara teoritis, hak konstitusional yang jelas tertera dalam UUD adalah hak untuk memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan. Dengan demikian, dalam penafsiran MK sebagaimana tercantum dalam Putusan 011-017/PUU-I/2003 hak untuk dipilih tanpa dasar diskriminasi merupakan hak konstitusional turunan (*derivative constitutional right norms*) dari hak yang tertera pada Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945.

Begitu pula mengenai kedudukan hak untuk memilih (*right to vote*). Dalam putusan yang berbeda, MK menekankan mengenai keberadaan hak untuk memilih. Pada putusan perkara yang menguji konstitusionalitas pengunaan kartu identitas bagi pemilih yang tidak terdaftar dalam Daftar Pemilih Tetap, MK menegaskan pendapatnya bahwa "... hak-hak warga negara untuk memilih sebagaimana diuraikan di atas telah ditetapkan sebagai hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara (*constitutional rights of*

[21] Robert Alexy, *A Theory of Contitutional Rights*(Oxford University Press 2010, (pen.) Julian Rivers) 35.

citizen)."[22] Untuk sampai pada kesimpulan tersebut, MK mempertimbangkan kembali penafsiran yang dilakukannya atas Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D UUD 1945.[23] Dengan demikian, hak memilih juga termasuk sebagai hak konstitusional turunan.

Hak Tersirat

Pada praktek di negara-negara *common law*, ada konsep yang dikenal dengan hak tersirat (*implied rights* atau *unenumerated rights*). Yang dimaksudkan dengan "hak tersirat" adalah hak-hak yang diangkat statusnya sebagai hak konstitusional, meskipun tidak disebutkan secara langsung dalam konstitusi, melalui proses penafsiran di lembaga peradilan. Di Amerika Serikat, diperkenalkan adanya konsep "hak tersirat" adalah hasil penafsiran Mahkamah Agung atas Amandemen ke-9 yang menyebutkan:

> *The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*

Salah satu *landmark decision* dari Mahkamah Agung Amerika Serikat yang kerap menjadi rujukan berkenaan dengan permasalahan hak tersirat dalam konstitusi adalah dalam kasus *Roe v. Wade* (1973). Perkara ini adalah pengujian konstitusionalitas kebijakan mengenai aborsi. Jane Roe sebagai penggugat dalam perkara ini merupakan nama alias yang digunakan oleh pengadilan untuk melindungi jati diri asli dari penggugat. Roe adalah seorang wanita sedang hamil, namun tidak menikah, dan berniat melakukan aborsi. Namun, sesuai dengan kebijakan negara bagian Texas, tempat domisili Jane Roe, praktek aborsi merupakan pelanggaran pidana meskipun dilakukan oleh ahli medis yang memiliki kompetensi dan dilakukan dalam sebuah klinik yang memenuhi kondisi higienis.[24] Peraturan di Texas menyebutkan bahwa praktek aborsi hanya dimungkinkan demi menyelamatkan nyawa sang ibu.

---

22 Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009, para [3.18].
23 *ibid*., para [3.14]
24 *Roe v Wade*[1973]US Supreme Court [5]

Dalam putusan tersebut, Mahkamah Agung menggunakan hak kerahasiaan pribadi (*right of privacy*) untuk menguji konstitusionalitas kebijakan aborsi. Konstitusi Amerika Serikat tidak menyebutkan mengenai hak privasi sebagai bagian dari hak konstitusional warga negara. Namun, Mahkamah Agung menemukan bahwa:

> *This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy.*[25]

Hak kerahasiaan pribadi meskipun tidak tercantum pada Konstitusi Amerika Serikat namun majelis hakim bersepakat untuk menggunakannya sebagai landasan pengujian kebijakan aborsi. Mayoritas majelis hakim menyetujui *"... that the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified and must be considered against important state interests in regulation."*[26] Salah satu bentuk batasan dari hak kerahasiaan pribadi wanita untuk melakukan aborsi adalah tidak boleh dilakukan ketika usia kehamilan telah melewati 3 bulan yaitu ketika sang ibu sudah dapat merasakan janin bergerak (*quickening*). Mahkamah Agung mempertimbangkan bahwa janin yang terdapat dalam kandungan tersebut telah menjadi subyek hukum yang harus dilindungi hak fundamentalnya, yaitu hak untuk hidup.

Pasca putusan *Roe v. Wade,* pertimbangan Mahkamah Agung yang menggunakan hak tersirat dalam menguji perkara konstitusional menuai perdebatan akademis. Disatu sisi, ada yang

---

25 *ibid*., [18]
Dalam terjemahan bebas, pendapat MA secara garis besar menyatakan bahwa "Hak kerahasiaan pribadi, sebagaimana dalam putusan MA sebelumnya atas penafsiran Amandemen Ke-empatbelas mengenai konsep kebebasan pribadi dan pembatasan campur tangan negara atas kebebasan tersebut, atau, melalui penafsiran yang dilakukan oleh Pengadilan Distrik mengenai penafsiran Amandemen Ke-sembilan tentangsyarat penegakan hak bagi warga negara, adalah dianggap masuk dalam lingkup untuk mengadili mengenai keputusan yang akan diambil seorang ibu untuk melanjutkan atau mengakhiri masa kehamilannya".

26 *Loc.cit., Roe v Wade*[19]

mendukung langkah Mahkamah Agung.[27] Ada pula yang berpendirian sebaliknya.[28] Akan tetapi mengutip pandangan Randy E. Barnett yang lugas menyatakan bahwa "... *for those who respect the text of the Constitution, as well as its original meaning, the protection of unenumerated rights is simply not optional.*"[29]

Apakah hak tersirat dalam putusan *Roe v. Wade* identik dengan hak konstitusional turunan (*derivative constitutional right norm*)? Dalam konstruksi pertimbangan yang disusun oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat, asal usul hak kerahasiaan pribadi tidak hanya didasarkan pada amandemen ke-9. Mahkamah Agung Amerika Serikat juga mempertimbangkan yurisprudensi putusan-putusan yang sebelumnya telah memperkenalkan adanya lingkup perlindungan atas kerahasiaan pribadi (*zones of privacy*).[30] Akan tetapi, letak perbedaannya adalah bahwa secara konseptual hak konstitusional turunan berasal dari hak lain yang secara eksplisit tercantum dalam konstitusi. Sedangkan, *unenumerated right*, tidak dilandaskan pada hak-hak yang tercantum dalam konstitusi namun dalam aturan yang lebih umum mengenai penegasan akan pentingnya perlindungan bagi hak-hak warga negara, sebagaimana susunan norma dalam amandemen ke-9, maupun dalam ketentuan yang berisi prinsip-prinsip bernegara, seperti pernyataan akan negara hukum (*rule of law*).

Begitu pula praktek yang terjadi di Korea Selatan. Berbeda dengan konstitusi Amerika Serikat, Konstitusi Korea Selatan mencantumkan serangkaian hak dan kewajiban warga negara secara gamblang dalam bagian tersendiri.[31] Namun diluar ketentuan mengenai hak-hak warga negara tersebut, Konstitusi juga membuka penafsiran akan adanya hak-hak lain yang tidak

---

27 Randy E. Barnett, "Who's Afraid of Unenumerated Rights?",[2006] 9 *Journal of Constitutional Law*1, 17. Lihat juga Thomas B. McAffee, 'Unenumerated Rights Underthe United States Constitution' (2001). Scholarly Works. Paper 541 <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/541>

28 Ronald Dworkin, "Unenumerated Rights: Whether and How *Roe* Should be Overruled", [1992]59 *The University of Chicago Law Review*, 427.

29 *Op. Cit*., Barnett, 22

30 *Roe v. Wade*[18]

31 Lihat Bab II Konstitusi Korea Selatan [Pasal 10 sampaidenganPasal 39]

disebutkan dalam konstitusi. Pasal 37 (1) Konstitusi Korea Selatan menyebutkan "*Freedoms and rights of citizens shall not be neglected on the grounds that they are not enumerated in the Constitution*". Oleh karenanya dalam perkara pengujian konstitusional, Mahkamah Konstitusi Korea Selatan juga merujuk pada hak-hak yang disebutkan dalam instrumen internasional, bahkan termasuk yang belum diratifikasi.[32]

Dalam praktek di Australia, hak tersirat timbul dari dua hal, yaitu yang berasal dari (i) prinsip penyelenggaraan pemerintahan yang baik dan demokratis serta dari (ii) pemisahan kekuasaan kehakiman.[33] Sebagaimana konstitusi Amerika Serikat, Konstitusi Australia hanya mencantumkan beberapa hak fundamental dalam konstitusinya. Oleh sebab itu, perlindungan hak warga negara merupakan hasil penafsiran lembaga peradilan (*High Court*) dalam perkara konstitusional. Salah satu bentuk hak tersirat yang merupakan penafsiran *High Court* adalah jaminan perlindungan kebebasan warga negara dalam komunikasi politik (*freedom of political communication*) dalam kasus *Lange v. Australian Broadcasting Commission.*

Di Indonesia, konsep adanya hak tersirat dalam konstitusi juga pernah dipertimbangkan dalam putusan Mahkamah Konstitusi. Ada dua putusan dimana MK mempertimbangkan sebuah hak yang tidak tercantum dalam konstitusi untuk dijadikan sebagai batu uji. Pertama, pada putusan pengujian UU Advokat (UU Nomor 18 Tahun 2003) dimana MK mempertimbangkan hak untuk mendapatkan bantuan hukum (*right to legal counsel*) sebagai hak konstitusional. Dalam pertimbangannya, MK menyatakan

> ... hak untuk mendapatkan bantuan hukum, sebagai bagian dari hak asasi manusia, harus dianggap sebagai hak konstitusional warga negara, kendatipun undang-undang dasar tidak secara eksplisit mengatur atau menyatakannya.[34]

---

32 Yoon Jin Shin, "Contextualized Cosmopolitanism: Human Rights Practice in South Korea", *Discussion Paper SP IV 2017–801*, <https://bibliothek wzb. eu/pdf/2017/iv17-801.pdf> diakses pada tanggal 2 Agustus 2017

33 Adrienne Stone, "Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement", (2005) 27 *Sydney Law Review*1, 32.

34 Putusan MK Nomor 006/PUU-II/2004, hlm [29].

Selain itu, MK kembali mempertimbangkan adanya hak lain yang tidak tercantum dalam konstitusi yaitu pada putusan pengujian UU Komisi Pemberantasan Korupsi (UU Nomor 30 Tahun 2002). Pada putusan ini, MK menyebutkan bahwa hak atas praduga tidak bersalah merupakan hak konstitusional yang dijamin perlindungannya dalam konstitusi.

> Bahwa *due process of law* dan *presumption of innocence* merupakan prinsip utama dari negara hukum yang demokratis, ... Prinsip tersebut diakui sebagai hak asasi manusia yang fundamental yang harus dilindungi. Secara implisit hak tersebut diakui dan dapat dikonstruksikan sebagai bagian dari hak asasi manusia dan hak konstitusional yang dijamin dan dilindungi oleh UUD 1945.[35]

MK mengangkat kedudukan kedua hak diatas sebagai hak konstitusional bersumber dari penafsirannya atas Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 mengenai negara hukum Indonesia. Ketentuan konstitusional tersebut tidak berbicara mengenai hak warga negara secara langsung. Konstruksi penafsiran yang sama juga dilakukan oleh *High Court* Australia. Sumber penafsiran *High Court* yang membuahkan *implied rights* dalam Konstitusi Australia adalah berasal dari teks konstitusi meski tidak berkaitan erat dengan pengaturan mengenai hak. Dalam pendapat *High Court*,bahwa *"... the requirement of freedom of communication is an implication drawn from ss 7, 24, 64, 128 and related sections of the Constitution."*[36] Pasal-pasal dalam Konstitusi Australia, sebagaimana disebutkan dalam pertimbangan tersebut, tidak berbicara mengenai hak warga negara.

Oleh karenanya, tidaklah tepat bila konstruksi kedudukan hak memilih dan dipilih sebagai hak konstitusional dikategorikan sebagai bentuk dari hak tersirat (*implied rights*). Sebab, penafsiran hak memilih dan dipilih menjadi hak konstitusional justru bersumber pada teks Konstitusi yang mengatur mengenai hak

---

35 Putusan MK Nomor 133/PUU-VII/2009, hlm [66-69].

36 *Lange v Australian Broadcasting Corporation*[1997] High Court Australia [24].

dasar warga negara, yaitu hak atas kesamaan kedudukannya dalam pemerintahan.

Lingkup Hak Memilih dan Dipilih dalam Putusan MK

Hak memilih dan dipilih disematkan status sebagai hak konstitusional namun hak pilih bukan berarti hak pilih menjadi hak yang tidak dapat dibatasi. Dalam sebuah perkara konstitusional, MK dihadapkan pada pertanyaan mengenai apakah memilih itu merupakan hak ataukah kewajiban? Pada putusannya, MK menyatakan bahwa memilih dan dipilih adalah "hak" dan bukan kewajiban yang dapat dipaksakan atau bisa dijatuhkan sanksi bilamana tidak ditunaikan.[37] Sebagai "hak", warga negara diberikan kebebasan untuk menggunakannya ataupun tidak. Namun demikian, bukan berarti bahwa dalam kedudukannya sebagai hak konstitusional, hak memilih dan dipilih tidak dapat tidak dibatasi. Dalam penggunaannya, hak memilih dan dipilih juga dibatasi oleh peraturan perundang-undangan yang dapat diuji konstitusionalitas pembatasan tersebut oleh MK.

Salah satu bentuk pembatasan atas hak memilih adalah ketentuan yang mengatur anggota Tentara Nasional Indonesia (TNI) dan Kepolisian Republik Indonesia (POLRI) tidak menggunakan haknya dalam pemilu. Ketentuan ini pernah dipertimbangkan oleh MK dalam pengujian UU Pemilihan Presiden (UU Nomor 42 Tahun 2008).[38] Semangat yang terkandung dalam kebijakan pemerintah membatasi hak memilih bagi anggota TNI dan POLRI adalah untuk menjaga netralitas TNI dan POLRI dan tidak terlibat dalam politik praktis. Sikap netral anggota TNI dan POLRI sangat penting artinya demi menjalankan tugasnya menjaga stabilitas pertahanan, kemanan dan ketertiban negara. MK dalam putusannya sependapat dengan kebijakan pemerintah dan menyatakan bahwa pembatasan hak memilih bagi anggota TNI dan POLRI adalah tidak bertentangan

[37] Putusan Nomor 61/PUU-XI/2013, para [3.11.4] dan Putusan Nomor 39/PUU-XII/2014, para [3.11.7].

[38] PutusanNomor 22/PUU-XII/2014.

dengan UUD 1945. Selain itu, redaksional yang dipilih oleh pembentuk UUadalah "tidak menggunakan". Hal ini sesungguhnya merupakan bentuk pembatasan dan bukanlah bentuk pengingkaran. Pada hakikatnya anggota TNI dan POLRI memiliki hak memilih, namun hak tersebut dibatasi dalam penerapannya.[39] Terbuka kemungkinan bahwa suatu saat, kebijakan pembatasan ini dicabut oleh pemerintah dan anggota TNI dan POLRI dapat menggunakan hak pilihnya.

Berbeda halnya dengan pembatasan hak pilih bagi penyandang disabilitas mental dan intelektual. Dalam bahasa yang digunakan oleh UU adalah bahwa syarat seseorang untuk dapat menggunakan hak pilihnya adalah "tidak sedang terganggu jiwa/ingatannya".[40] Norma ini diuji konstitusionalitasnya dalam Perkara Nomor 135/ PUU-XIII/2015. Berkaitan dengan konteks hak memilih, Putusan dalam pengujian norma ini mengandung dua konsekuensi, yaitu berkaitan dengan (i) hak warga negara untuk terdaftar sebagai pemilih dan (ii) perlindungan hak memilih bagi penyandang disabilitas.

Norma yang diuji dalam perkara ini, Pasal 57 ayat (3) huruf a UU Nomor 8 Tahun 2015, sejatinya merupakan aturan administratif dalam rangka pendaftaran pemilih. Namun, dalam ketentuan berikutnya, Pasal 57 ayat (4) UU Nomor 8 Tahun 2015, disebutkan bahwa warga negara tidak dapat menggunakan hak pilihnya bila tidak terdaftar dan tidak memenuhi syarat. Terhadap hal ini, MK berpendapat bahwa pendaftaran calon pemilih dan hak pilih adalah dua hal dalam dimensi yang berbeda. Hak pilih adalah dimensi hak fundamental warga negara sedangkan kegiatan pendaftaran pemilih merupakan dimensi administratif. Akan tetapi, pendaftaran pemilih merupakan *conditio sine qua non* dari penyelenggaraan pemilu. Oleh karenanya MK berpendapat "... perlindungan bagi hak untuk terdaftar sebagai pemilih adalah sama

---

39 *ibid*., para [3.19]

40 Pasal 57 ayat (3) a UU Nomor 8 Tahun 2015 tentangPerubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, Dan Walikota Menjadi Undang-Undang.

dengan perlindungan bagi hak untuk memilih itu sendiri. Keduanya secara konstitusional dilindungi oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945."[41] Pendapat MK ini dapat disimpulkan bahwa Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tidak hanya menjadi sumber dari hak memilih tetapi juga "hak untuk terdaftar sebagi pemilih." Hak ini menjadi hak konstitusional turunan (*derivative constitutional right norm*).

Konsekuensi kedua dari Putusan Nomor 135/PUU-XIII /2015 adalah berkenaan dengan perlindungan hak memilih bagi penyandang disabilitas. Syarat pendaftaran pemilih yang menyebutkan bahwa calon pemilih "tidak sedang terganggu jiwa/ ingatannya", menurut pandangan MK merupakan norma yang mengandung ketidakjelasan (*vagueness*). MK berpendapat bahwa "tidak semua orang yang mengalami gangguan jiwa dan/atau gangguan ingatan akan kehilangan kemampuan untuk menjadi pemilih". Dalam menguji norma yang mengandung ketidakjelasan, MK cenderung akan menggunakan pendekatan konstruksi hukum.[42] Begitu pula pada putusan ini, MK melakukan konstruksi bahwa frasa "terganggu jiwa/ingatannya" harus dibaca sebagai "mengalami gangguan jiwa dan/atau gangguan ingatan permanen yang menurut profesional bidang kesehatan jiwa telah menghilangkan kemampuan seseorang untuk memilih dalam pemilihan umum".[43]

Dalam konteks hak untuk dipilih, warga negara yang merupakan mantan narapidana harus memenuhi syarat-syarat tertentu agar dirinya dapat mengajukan diri sebagai pejabat publik, baik kepala daerah maupun anggota legislatif. Pada awalnya, pembentuk UU menetapkan pembatasan dari hak dipilih dalam syarat mengajukan diri sebagai calon kepala daerah bahwa kandidat "tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5

41 PutusanNomor 135/PUU-XIII/2015, para. [3.20].

42 Bisariyadi, "The Application of Legal Construction in the Rulings of the Constitutional Court", (2017) 29 *Mimbar Hukum1,* 138-139.

43 *Op.Cit.*,PutusanNomor 135/PUU-XIII/2015, Amar Putusan.

(lima) tahun atau lebih".[44] Pada pengujian norma tersebut, MK menetapkan persyaratan baru bahwa syarat tersebut (i) tidak berlaku untuk jabatan publik yang dipilih; (ii) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya; (iii) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana; dan (iv) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.[45] Pada putusan berikutnya, MK memperbaharui syarat pengecualian bagi mantan terpidana yang hendak maju sebagai kepala daerah. MK berpendapat "... ketika seseorang mantan narapidana selesai menjalankan masa tahanannya dan mengumumkan secara terbuka dan jujur bahwa di adalah mantan narapidana, yang bersangkutan dapat mencalonkan diri dalam jabatan publik atau jabatan politik yang pengisiannya melalui pemilihan (*elected officials*)".[46] Oleh karenanya, ketiga syarat lainnya yang dirumuskan pada putusan sebelumnya tidak lagi berlaku. Putusan ini ditegaskan dalam perkara yang memiliki pengujian norma yang serupa namun berlaku khusus untuk pemilihan kepala daerah di Provinsi Aceh yang diajukan oleh Abdullah Puteh.[47] Kedua putusan ini diwarnai oleh pendapat berbeda yang diajukan oleh tiga orang hakim konstitusi.[48]

Putusan-putusan tersebut diatas merupakan beberapa contoh putusan yang mengandung pertimbangan dalam pembatasan lingkup hak pilih warga negara, baik hak memilih maupun hak

---

44 Pasal 7 huruf g UU Nomor 8 Tahun 2015tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, Dan Walikota Menjadi Undang-Undang.

45 Putusan 4/PUU-VII/2009 yang merupakan penegasan dari Putusan sebelumnya yaitu Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007.

46 Putusan 42/PUU-XIII/2015, para [3.11.6].

47 PutusanNomor 51/PUU-XIV/2016, para [3.11].

48 Ketiga Hakim Konstitusi tersebut adalah Maria Farida Indrati, I Dewa Gede Palguna dan Suhartoyo. Pada inti pendapat berbedanya, ketiganya berpandangan bahwa tidak ada alasan-alasan yang fundamental sehingga melahirkan kebutuhan untuk mengubah pendirian dalam penetapan syarat-syarat sebagaimana telah dirumuskan dalam putusan sebelumnya.

dipilih. Disatu sisi, MK mengangkat hak pilih menjadi hak konstitusional sebab diperlukan adanya perlindungan konstitusional namun disisi lain juga perlu adanya pembatasan dari hak pilih untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara lainnya. Membandingkan dengan praktek putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat yang menciptakan *zones of privacy* dalam hak-hak warga negara atas kerahasiaan pribadi, sebagaimana dikuti dalam putusan *Roe v. Wade*, maka dalam putusan-putusan diatas MK juga menciptakan zona hak pilih bagi warga negara yang memberi batasan-batasan lingkup bagi perlindungan hak pilih.

Kesimpulan

Perlindungan akan hak pilih bagi warga negara tidak dipungkiri memiliki kedudukan yang sangat penting bagi kehidupan demokrasi sekaligus berjalannya sistem ketatanegaraan. Meskipun diakui sebagai hak dasar namun hak pilih bukanlah hak konstitusional yang tercantum secara eksplisit dalam UUD 1945. Kedudukan hak pilih sebagai *statutory right* dan bukan sebagai *constitutional right* menjadi persoalan tersendiri dalam rangka perlindungan hak pilih secara konstitusional.

MK dalam Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 dan Nomor 102/PUU-VII/2009 mengangkat status hak pilih, baik hak memilih maupun hak dipilih sebagai hak konstitusional. Pendekatan yang digunakan MK adalah bahwa hak pilih merupakan hak konstitusional turunan (*derivative constitutional right norm*) dari hak atas kesamaan kedudukan dalam pemerintahan sebagaimana tercantum dalam Pasal 28D ayat (3) UUD 1945. Terdapat pendekatan lainnya yang dilakukan MK ketika akan mengangkat kedudukan suatu hak menjadi hak konstitusional yaitu dengan menyatakan bahwa hak tersebut merupakan hak tersirat. Berbeda halnya dengan hak konstitusional turunan, hak tersirat ditafsirkan dari prinsip-prinsip umum yang tercantum dalam konstitusi seperti prinsip negara hukum (*rule of law*) yang diatur dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945.

Meski telah menyandang status sebagai hak konstitusional, tidak berarti bahwa hak pilih tidak dapat dibatasi. Dalam beberapa

putusan, MK menetapkan batasan-batasan konstitusional demi perlindungan hak pilih warga negara seperti pembatasan penggunaan hak memilih bagi anggota TNI dan POLRI serta penyandang disabilitas mental dan intelektual dapat menggunakan hak pilihnya selama masih memiliki kemampuan untuk mengambil keputusan berdasarkan saran dari ahli jiwa. Dalam konteks hak untuk dipilih, MK memberi batasan bagi mantan narapidana untuk dapat mencalonkan diri pada pemilu dengan syarat mengumumkan diri kepada publik akan statusnya.

Konstruksi mengenai diangkatnya status hak sebagai hak konstitusional belum memperoleh banyak perhatian dari ahli-ahli hukum konstitusi dan hak asasi di Indonesia, baik mengenai hak konstitusional turunan maupun hak tersirat. Kajian ini selayaknya mendapat tempat khusus sebab Indonesia telah banyak menerbitkan UU yang didalamnya mengatur tentang hak-hak fundamental warga negara. Selain itu, pemerintah juga telah meratifikasi beragam konvensi internasional yang mengandung perlindungan hak-hak dasar. Ada banyak hak-hak dasar yang tergolong sebagai *statutory rights*. Hak-hak ini dapat diangkat sebagai hak konstitusional melalui proses perubahan UUD 1945. Namun proses ini akan memakan waktu yang tidak sesaat. Oleh karenanya, terbuka kemungkinan bahwa MK akan mengambil langkah serupa dengan mengangkat kedudukan hak-hak tersebut sebagai hak konstitusional dalam penafsirannya pada putusan di perkara konstitusional, baik itu dengan pendekatan hak tersirat maupun sebagai hak konstitusional turunan.

Daftar Pustaka

Buku dan Publikasi Ilmiah:

Adrienne Stone, "Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement", (2005) 27 *Sydney Law Review* 1.

Bagir Manan dan Susi Dwi Harijanti, "Konstitusi dan Hak Asasi Manusia", [2016] 3 *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum* 3.

Bisariyadi, "The Application of Legal Construction in the Rulings of the Constitutional Court", (2017) 29 *Mimbar Hukum 1.*

Randy E. Barnett, "Who's Afraid of Unenumerated Rights?", [2006] 9 *Journal of Constitutional Law*1.

RM. AB. Kusuma (ed), *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, (Badan Penerbit FHUI 2009).

Robert Alexy, *A Theory of Contitutional Rights* (Oxford University Press 2010, (pen.) Julian Rivers).

Ronald Dworkin, "Unenumerated Rights: Whether and How *Roe*Should be Overruled", [1992]59 *The University of Chicago Law Review*.

Saafroedin Bahar dan Nannie Hudawati (eds), *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)*, (Sekretariat Negara Republik Indonesia 1998).

Thomas B. McAffee, 'Unenumerated Rights Under the United States Constitution' (2001). Scholarly Works. Paper 541 <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/541>.

Yoon Jin Shin, "Contextualized Cosmopolitanism: Human Rights Practice in South Korea", *Discussion Paper SP IV 2017–801*, <https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2017/iv17-801.pdf>.

Putusan Peradilan:

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011-017/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-II/2004 tentang pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14-17/PUU-V/2007 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahka-mah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 4/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 ten-tang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 102/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 133/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 29/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 61/PUU-XI/2013 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwa-kilan

Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terha-dap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 39/PUU-XII/2014 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwa-kilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/PUU-XII/2014 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 135/PUU-XIII/2015 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, Dan Walikota Menjadi Undang-Undang terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 42/PUU-XIII/2015 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, Dan Walikota Menjadi Undang-Undang terhadap UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51/PUU-XIV/2016 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh terhadap UUD 1945.

Lange v Australian Broadcasting Corporation [1997] High Court Australia.

Roe v Wade[1973]US Supreme Court.

Konstitusionalitas HAM di Indonesia: Menakar Arah Partikularitas HAM Indonesia

Majda El Muhtaj

Pendahuluan

Indonesia memasuki babak baru demokrasi sejak jatuhnya Pemerintahan Orde Baru tahun 1998. Komitmen reformasi dan agenda demokratisasi menjadi wacana dan praktik melembaga yang diharapkan mampu mewujudkan secara riel tujuan nasional Indonesia, sebagaimana digariskan dalam Alinea Keempat Pembukaan UUD NRI Tahun 1945. Pilihan pada praksis demokrasi didorong oleh rasionalitas dan ekspektasi rakyat Indonesia.

Disebut rasionalitas karena pola pikir kebijakan Orde Baru cenderung menafikan eksistensi dan masa depan kehidupan masyarakat. Stabilitas dan pertumbuhan ekonomi yang tidak merata serta jauh dari keadilan membuat pembangunan Indonesia berjalan sangat paradoksal dengan tujuan hakiki pembangunan itu sendiri, yakni pembangunan yang memanusiakan manusia. Adapun disebut ekspektasi adalah harapan luhur sebagai cita-cita dasar kehidupan berbangsa yang melenceng jauh dari nuktah kemerdekaan Indonesia, yakni memerdekakan seluruh bangsa Indonesia dari kebodohan dan kemiskinan. Ekspektasi ini sejalan dengan desakan perubahan mendasar bagi arah dan masa depan Indonesia. Orde Baru dicap sebagai bentuk antitesis Pemerintahan Orde Lama yang juga tidak cukup mampu memenuhi cita-cita kemerdekaan Indonesia.

Berangkat dari rasionalitas dan ekspektasi masyarakat Indonesia dapatlah dikatakan bahwa reformasi merupakan pilihan dan kemauan sadar masyarakat Indonesia. Dalam perkembangan

tersebut, kini, era reformasi Indonesia lahir dengan desakan utama menghantarkan demokratisasi Indonesia yang berpijak pada konstitusi yang mampu mengawal dan mewujudkan kemartabatan manusia secara paripurna. Kemelekan pada hak-hak dasar masyarakat secara perlahan menjadi wacana dan semakin diperkuat dengan hadirnya beragam mekanisme memerolehnya dan mempertahankannya. Tentu saja hal ini berimplikasi pada percepatan perubahan pola pikir bahkan secara kelembagaan memberikan daya desak kepada negara untuk menyikapinya.

Suara lantang dari media dan aliansi kelompok masyarakat sipil memperkuat perjuangan advokasi hak asasi manusia (HAM), baik melalui mekanisme hukum (*litigation*) maupun mekanisme non -hukum (*non-litigation*). Saluran-saluran konstitusional digunakan sebagai media terbaik dalam "menggugat" negara melalui tugas dan kewajibannya terhadap HAM. Hal terakhir ini semakin diramaikan dengan semangat dan perintah keterbukaan dan akuntabilitas dalam mekanisme penyelenggaraan kekuasaan negara.

Namun demikian, narasi berdemokrasi tidaklah semudah praktiknya. Tafsir kebijakan dengan atas nama konstitusi juga semakin dirasakan intensitasnya. Cara pandang demokrasi modern dengan mengacu pada kehidupan berkonstitusi mensyaratkan kecerdasan dari semua elemen negara dalam mengimplementasikannya. Melalui pemahaman dan implementasi HAM serta mekanismenya, baik secara nasional maupun internasional, diharapkan mampu menengahi labirin demokrasi yang jika tidak diawasi dengan ketat dan bijaksana akan berimplikasi negatif bagi masa depan kehidupan berdemokrasi di Indonesia.

Kemajuan signifikan dapat dilihat dari tekad dan komitmen negara dalam upaya menjadikan HAM sebagai bagian penting kebijakan pembangunan nasional. Selain melalui kebijakan ratifikasi melalui pengesahan berbagai instrumen HAM internasional ke dalam hukum nasional Indonesia, hadirnya rencana aksi nasional HAM Indonesia (selanjutnya disebut Ranham) menambah kuatnya sandaran memperkuat dan memaksa negara untuk merealisasikan

kewajiban HAM, baik melalui kewajiban internasional maupun mandat konstitusional Indonesia.

Dalam praktik kehidupan berdemokrasi, konstitusi sebagai perangkat hukum dasar (*fundamental law*) dalam sebuah negara, menjadi bagian yang tak terpisahkan dengan upaya-upaya penegakan hukum. Carl J. Friedrich menguatkan pendirian tersebut dengan pandangannya sebagai berikut:

> *Thus, the constitution is to be understood as the process by which political action is limited and at the same time given form. The constitution has a definite function in the body politic. The guarantee of basic rights and the separation of power, whether functional or spatial (federalism), have served as such limits. The basic rights define a sphere, in terms of general norms, which the governmental authorities, including the legislative, may not enter all, or only under very special conditions.*[1]

Dalam perkembangan kehidupan berbangsa, konstitusi merupakan pilihan terbaik dalam memberi ikatan ideologis antara yang berkuasa dengan yang dikuasai (rakyat). Sesungguhnya konstitusi hadir sebagai pedoman kehidupan masyarakat di negara-negara modern. Tidak dapat dinafikan, sampai saat ini, konstitusi diakui berperan penting sebagai hukum dasar yang menjadi acuan bagi kehidupan sebuah negara, tidak terkecuali pengaturan tentang perlindungan HAM.

Hak Konstitusi

Kehadiran konstitusi merupakan *conditio sine qua non* (syarat mutlak) bagi sebuah negara. Konstitusi tidak saja memberikan gambaran dan penjelasan tentang mekanisme lembaga-lembaga negara, lebih dari itu di dalamnya ditemukan letak relasional dan kedudukan hak dan kewajiban warga negara. Konstitusi merupakan *social contract* antara yang diperintah (rakyat) dengan yang memerintah (penguasa, pemerintah).[2]

---

1 Carl Joachim Friedrich, *the Philosophy of Law in Historical Perspective* (Chicago: the University of Chicago Press, 1963), halaman 201.

2 Pembahasan konstitusi dan konstitusionalisme lebih lanjut lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia* (Jakarta: Konstitusi Press,

Aksioma politik yang popular dicetuskan oleh Lord Acton mengatakan, *power tends to corrupt and absolute power tends to corrupt absolutely*[3] (kekuasaan cenderung korupsi dan kekuasaan yang mutlak cenderung korupsi secara mutlak pula). Adagium ini berlaku universal, baik di Timur maupun di Barat. Kekuasaan[4] memang mengandung dua sisi sekaligus, yakni sisi positif dan negatif. Dikatakan positif karena kekuasaan yang baik sebenarnya sangat efektif menegakkan hukum dan keadilan secara bermartabat. Kekuasaan juga mengandung unsur negatif, yakni manakala kekuasaan diarahkan kepada bentuk kesewenang-wenangan dan kezaliman.

Untuk yang terakhir inilah, ditambah dengan realitas historis kehidupan umat manusia dalam berbangsa dan bernegara memunculkan sebuah ide politik tentang pembatasan kekuasaan (*the limitation of power*).[5] Pembatasan kekuasaan yang terbaik adalah melalui konstitusi, sebagaimana ungkapan Carl J. Friedrich,

---

2005). Bandingkan Larry Alexander (Ed.), *Constitutionalism*; *Philosophical Foundations* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).

3 M. Amien Rais, "Pengantar" dalam Peter Calvert, *the Process of Political Succession*, edisi Indonesia oleh Misbah Zulfa Elizabeth, et.al., *Proses Suksesi Politik* (Yogyakarta: Tiara Wacana, 1995), halaman ix.

4 Kebanyakan sarjana berpangkal tolak dari perumusan sosiolog Max Weber (1864-1920) dalam bukunya *Wirtschaft und Geselschaft* (1922) bahwa kekuasaan adalah kemampuan untuk, dalam suatu hubungan sosial, melaksanakan kemauan sendiri sekali pun mengalami perlawanan, dan apa pun dasar kemampuan ini (*macht bedeutet jede chance innerhalb einer soziale beziehung den eignen willen auch gegen widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese chance beruht*). Kekuasaan (*power*) berisikan beberapa pembahasan, di antaranya kewenangan (*authority*) yang berarti kekuasaan formal (*formal power*) dan keabsahan (*legitimacy*) yang berarti keyakinan anggota masyarakat bahwa wewenang yang ada pada seseorang, kelompok atau penguasa adalah wajar dan patut dihormati. Lihat Miriam Budiradjo, "Konsep Kekuasaan; Tinjauan Kepustakaan," dalam Miriam Budiardjo, *Aneka Pemikiran tentang Kuasa dan Wibawa* (Jakarta: Sinar Harapan, 1984), halaman 14-16.

5 Sri Soemantri, "Konstitusi serta Artinya Untuk Negara", dalam Padmo Wahjono (ed.), *Masalah Ketatanegaraan Indonesia Dewasa Ini* (Jakarta: Ghalia Idonesia, 1985), halaman 9.

constitutionalism by dividing power provides a system of effective restrains upon governmental action.[6]

Berbicara tentang organisasi negara tidak bisa dilepaskan dari pembicaraan tentang konstitusi.[7] Tak terbayangkan sebuah negara dapat eksis tanpa konstitusi. Oleh karena itu, tidak ada negara yang tidak mempunyai konstitusi, demikian pandangan Sri Soemantri Martosoewignjo.[8] Tambahnya lagi, negara dan konstitusi merupakan dua lembaga yang tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lain. Konstitusi merupakan suatu keniscayaan dan awal bagi kelahiran sebuah negara.[9]

Apa yang ditegaskan oleh Soemantri ini bukanlah berlebihan.[10] Diakui bahwa sepanjang sejarah perkembangan hadirnya sebuah

---

6 Carl J. Friedrich, *Consitutional Government and Democracy; Theory and Practice in Europe and America*, Revised Editon (Boston: Ginn and Company, 1941), halaman 26. Hal senada juga diungkapkan oleh C.F. Rosenkrantz, "a constitution is a charter that distributes political power, organizes the process of lawmaking, and fixes the scope and limits of the basic rights and liberties of citizens. Most constitutions aim to address these issues much the same mechanisms." Lihat Carlos F. Rosenkrantz, "Againts Borrowings and Other non-Authoritative Uses of Foreign Law," dalam *International Journal of Constitutional Law* (New York: Oxford University Press, vol. 1, Issue 2, April 2003), halaman 282.

7 Samidjo, *Ilmu Negara* (Bandung: Armico, 1986), h. 297. Kedudukan UUD (konstitusi) bagi suatu negara adalah penting sekali seperti juga anggaran dasar bagi sauatu partai politik atau organisasi masyarakat lainnya. Lihat Harun al-Rasyid, "Relevansi UUD 1945 dalam Orde Reformasi," dalam *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* (Yogayakarta: UII Press, No. 10 Vol. 5, 1998), halaman 2.

8 Sri Soemantri, *Prosedur … ibid*., halaman 1-2.

9 Lihat lebih lanjut, "Sri Soemantri Impikan Konstitusi Menjadi Milik Rakyat," dalam *Kompas*, Jakarta, edisi Sabtu 14 Agustus 2004. Sejalan dengan itu, Goldwin dan Kaufman mengatakan, "The constitution is frequently denounced, therefore, for its departure from the fundamental principles of the nation as they were expressed in the Declaration of Independence, particularly concerning equality." Lihat lebih lanjut Robert A. Goldwin dan Art Kaufman, *Slavery and Its Consequences; the Constitution, Equality and Race* (Washington, D.C.: American Enterprise Institute for Public Policy research, 1988), halaman xiv.

10 Pada umumnya, dalam setiap konstitusi antara lain selalu terdapat tiga kelompok materi muatan, yaitu: (1) adanya pengaturan tentang perlindungan

bangsa, konstitusi adalah bagian yang *inheren* dari sistem ketatanegaraan bangsa-bangsa di dunia, meminjam ungkapan C.F. Strong, *the rise of constitutional state is essentially an historical process*.[11]

Pentingnya jaminan konstitusi atas HAM membuktikan komitmen atas sebuah kehidupan demokratis yang berada dalam payung negara hukum. Memang, Indonesia, menurut Todung Mulya Lubis,[12] belum sampai ke arah itu, meskipun persoalan dan perlindungan HAM diatur dalam peraturan perundang-undangan

---

hak asasi manusia dan warga negara; (2) adanya pengaturan tentang susunan ketatanegaraan yang bersifat mendasar; dan (3) adanya pengaturan tentang pembagian dan pembatasan tugas-tugas ketatanegaraan yang bersifat mendasar. Lihat Sri Soemantri, "Konseptualisasi Dasar-dasar Konstitusi bagi Demokrasi yang Berkelanjutan," dalam International IDEA, *Melanjutkan Dialog Menuju Reformasi Konstitusi di Indonesia* (Jakarta: International IDEA, Indonesia, 2002), halaman 49.

11 Dalam rangkumannya, C.F. Strong menguraikan sejarah panjang konstitusi. Ia mengatakan sebagai berikut, "Greek, constitutionalism gave political philosophy its inspiration and, during the Revival of Learning in fifteenth century, opened men's minds to the finer purposes of political organisation. Roman constitutionalism gave the Western World the reality of Law and the ideal of Unity. Feudalism bridged the gulf between the chaos following the fall of the Roman Empire in the West and the emergence of the modern state. The progress of centralisation through the Crown in England, France and Spain during the Middle Ages was necessary to destroy the evils of feudalism and to lay the foundations of a national policy; while the growth of partially representative institutions in those countries marked in Western Europe the first faint beginnings of the democratic state … The Ranaissance carried forward the centralizing process in the west of Europe and planted yet more securely the seed of nationalism there … The nineteenth century saw the ideals of liberal reform and nationalism struggling for recognition, and their partial realization in political forms. Lebih lanjut lihat C.F. Strong, *Modern Political Constitution*; *an Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form* (London: Sidgwick & Jackson Limited), halaman 13-52. (Garis bawah dari penulis).

12 Lihat Todung Mulya Lubis, "Jaminan Konstitusi atas Hak Asasi Manusia dan Kebebasan," dalam International IDEA, *Melanjutkan Dialog Menuju Reformasi Konstitusi di Indonesia; Laporan Hasil Konferensi yang diadakan di Jakarta, Indonesia, pada bulan Oktober 2001* (Jakarta: International IDEA, 2002), halaman 58.

seperti UU Lingkungan Hidup,[13] UU HAM,[14] UU Pengadilan HAM,[15] UU Pers,[16] dan UU Perlindungan Konsumen,[17] dan sebagainya.[18] Akan tetapi, patut dicamkan bahwa hal tersebut hanya berkisar dalam kapasitasnya sebagai hak-hak hukum (*legal rights*).[19]

---

[13] Lihat UU No. 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, sebagaimana diubah dengan UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

[14] Lihat UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

[15] Lihat UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers.

[16] Lihat UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

[17] Lihat UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

[18] Misalnya, UU No. 22 Tahun 2002 tentang Grasi, sebagaimana diubah dengan UU No. 5 Tahun 2010; UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, sebagaimana diubah dengan UU No. 35 Tahun 2014 dan UU No. 17 Tahun 2016; UU No. 2 Tahun 2004 tentang Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial; UU No. 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga; UU No. 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri; UU No. 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional; UU No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan RI; UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, sebagaimana diubah dengan UU No. 31 Tahun 2014; UU No. 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan, sebagaimana diubah dengan UU No. 24 Tahun 2013; UU No. 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang; UU No. 24 Tahun 2007 tentang Penanggulangan Bencana; UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal; UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas; dan UU No. 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik, sebagaimana diubah dengan UU No. 2 Tahun 2011; UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik; UU No. 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik; UU No. 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman RI; UU No. 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam Asean; UU No. 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis; UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan; UU No. 1 Tahun 2011 tentang Perumahan dan Kawasan Permukiman; UU No. 6 Tahun 2011 tentang Keimigrasian; UU No. 13 Tahun 2011 tentang Penanganan Fakir Miskin; UU No. 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum; UU No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidanan Anak; UU No. 18 Tahun 2012 tentang Pangan; dan lain-lain.

[19] Kelebihan pengaturan HAM dalam konstitusi memberikan jaminan yang sangat kuat, karena perubahan dan atau penghapusan satu pasal dalam konstitusi seperti dalam ketatanegraan Indonesia mengalami proses yang sangat berat dan panjang antara lain melalui amandemen dan referendum,

Yang dibutuhkan rakyat Indonesia adalah tidak sekadar *legal rights*, melainkan dapat menjadi *guaranteed constitutional rights* yang tertuang secara sistematis dan komprehensif dalam "otobiografi Indonesia," yakni UUD Negara Republik Indonesia.[20] Yang lebih penting lagi adalah bahwa perjalanan proses dialektika demokrasi yang terjadi di Indonesia harus menjadi pelajaran berharga dalam mereformulasi jaminan konstitusi atas HAM dengan berdasarkan kepada paradigma keindonesiaan.

Paradigma ini mengedepankan selarasnya nilai-nilai kehidupan nasional di tengah kepentingan hidup global. Pandangn ini juga bukanlah mengarahkan kepada potensi eksklusivitas negara, tetapi lebih kepada apresiasi dan akomodasi yang arif dan bijaksana dalam mengusung keikutsertaan Indonesia dalam kancah dinamika global sebagai bangsa yang berdaulat dan bermartabat.

HAM dalam Konstitusi Indonesia[21]

Dalam konteks UUD yang pernah berlaku di Indonesia, pencantuman secara eksplisit seputar HAM muncul atas kesadaran dan beragam konsensus. Dalam kurun berlakunya UUD di Indonesia, yakni UUD 1945, Konstitusi RIS 1949, UUDS 1950, UUD 1945, dan Amandemen Keempat UUD 1945 Tahun 2002, pencantuman HAM mengalami pasangsurut. Tendensi politis ditambah dengan "keringnya" jaminan atas HAM menambah

---

sedangkan kelemahannya karena yang diatur dalam konstitusi hanya memuat aturan yang bersifat global. Sementara itu bila pengaturan HAM melalui Tap MPR, kelemahannya tidak dapat memberikan sanksi hukum bagi pelanggarnya. Adapun pengaturan HAM dalam bentuk Undang-undang dan peraturan pelaksanaannya, terdapat kelemahan lain yakni kemungkinan yang besar untuk seringnya mengalami perubahan sebagai akibat dari perubahan paradigma dan kebijakan-kebijakan yang bersifat kontekstual. Lihat lebih lanjut Tim ICCE UIN Jakarta, *Demokrasi, Hak Asasi Manusia & Masyarakat Madani* (Jakarta: Prenada Media, 2003), halaman 222. Lihat juga Soewandi, *Hak-hak Dasar dalam Konstitusi-Konstitusi Demokrasi Modern* (Djakarta: PT. Pembangunan, 1957), halaman 26-63.

20 Lihat Todung Mulya Lubis, *Jaminan Konstitusi* …, *loc.cit.*

21 Baca lebih lanjut Majda El Muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia* (Jakarta: Prenada Media, 2005).

sederetan sikap penguasa yang terkesan *ambigue*. Multi penafsiran atas teks-teks konstitusi tak dapat terabaikan sehingga tidak jarang interpretasi penguasa lebih terkesan subyektif dan hegemonik.[22]

Istilah HAM tidak ditemukan dalam UUD 1945. HAM dalam UUD 1945 diatur secara singkat dan sederhana. HAM yang diatur dalam UUD 1945 lebih berorientasi kepada hak sebagai warga negara (HAW) yang hanya ditegaskan dalam 5 pasal, yakni Pasal 27, Pasal 28, Pasal 29, Pasal 31, dan Pasal 34. Dalam Konstitusi RIS 1949, pengaturan HAM terdapat dalam Bagian V yang berjudul "Hak-hak dan Kebebasan-kebebasan Dasar Manusia." Pada bagian tersebut terdapat 27 pasal dari mulai Pasal 7 sampai dengan Pasal 33.

UUDS 1950 memuat pasal-pasal tentang HAM yang relatif lebih lengkap. Ketentuan HAM diatur pada Bagian V (Hak-hak dan Kebebasan-kebebasan dasar Manusia) dari mulai Pasal 7 sampai Pasal 33. Menariknya, pemerintah juga memiliki kewajiban dasar konstitusional yang diatur sedemikian rupa, sebagaimana diatur pada Bagian VI (Azas-azas Dasar) sebanyak 8 pasal, dari Pasal 35 sampai dengan Pasal 43.

Dalam sejarah perkembangan UUD 1945, agenda perubahan UUD merupakan sejarah baru bagi masa depan konstitusi Indonesia. Pengaturan HAM secara eksplisit ditegaskan pada Perubahan Kedua UUD 1945 Tahun 2000. Muatan HAM dalam Perubahan Kedua UUD 1945[23] jauh melebihi ketentuan yang

---

22 Di sinilah peran strategis hadirnya lembaga negara, mahkamah konstitusi, melalui Pasal 24C UUDNRI Tahun 1945. Lembaga ini secara praktis menjadi penafsir dan pengawal konstitusi (*the sole interpreter and guardian of the constitution*). Secara kelembagaan, kedudukan Mahkamah Konstitusi diatur dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, sebagaimana diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan UU No. 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Perpu No. 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Yang terakhir ini di-batalkan oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan MKRI No. 1-2/PUU-XII/2014 pada 13 Februari 2014.

23 Penamaan Hasil Perubahan UUD 1945 ditegaskan pada ketentuan Pasal II Aturan Tambahan yang menegaskan, "dengan ditetapkannya Perubahan

pernah diatur dalam UUD 1945. HAM diatur dalam sebuah bab, Bab XA tentang Hak Asasi Manusia yang terdiri atas 10 pasal, dari mulai Pasal 28A sampai dengan 28J.

Dari penjelasan ini dapat dikatakan bahwa seluruh konstitusi yang pernah berlaku di Indonesia mengakui kedudukan HAM sangat penting. Hanya saja seluruh konstitusi itu berbeda dalam mengartikulasikan materi muatan HAM dalam UUD. Adapun UUD 1945 periode I (1945-1949) hanya menegaskan kedudukan hak asasi warga (HAW). Akibatnya, pasal-pasal HAW tersebut sarat dengan multiinterpretasi dalam penegakan hukum dan HAM.

Konstitusi RIS 1949 (1949-1950) memberikan suasana baru bagi penegakan hukum dan HAM. Karena waktu pemberlakuannya yang relatif singkat, akibatnya upaya penegakan hukum dan HAM dari Konstitusi ini relatif sulit ditemukan. UUDS 1950 (1950-1959) memberikan kepastian hukum yang tegas tentang HAM. Materi muatan HAM dalam UUDS 1950 mengadopsi muatan HAM PBB Tahun 1948.

Sama halnya dengan Konstitusi RIS 1949, UUDS 1950 nyaris tidak efektif karena negara pada waktu itu disibukkan dengan kondisi perpolitikan tanah air. Namun satu hal yang pasti, kedua UUD ini, Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950 sama-sama memiliki materi muatan HAM yang relatif komprehensif. Berlakunya kembali UUD 1945 semakin menjadi bukti adanya "kemunduran" normativitas HAM dalam UUD. Sebab, keberlakuan UUD 1945 Pada Periode II (1959-1998) tidak jauh berbeda dengan materi muatan HAM dalam UUD 1945 Periode I.

Dalam perkembangan kebijakan pemerintahan Orde Baru[24] sampai Orde Reformasi (sebelum dan setelah Perubahan II UUD 1945 Tahun 2000), beberapa perangkat kebijakan peraturan perundang-undangan dapat dikatakan melengkapi pengaturan

---

Undang-Undang Dasar ini, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terdiri atas pembukaan dan pasal-pasal."

24 Pembahasan menarik seputar kebijakan luar negeri tentang HAM di Era Orde Baru dapat dibaca Marlies Glasius, *Foreign Policy on Human Rights Its Influence on Indonesia under Soeharto* (Oxford: Intersentia, 1999).

HAM di Indonesia dalam bentuk peraturan perundang-undangan, seperti tap MPR, undang-undang, kepres, dan sebagainya.[25]

Perubahan UUD 1945 yang dimulai sejak kejatuhan Rezim Soeharto, meskipun sarat dengan muatan politis, namun dapat dikatakan "berhasil" menuangkan konsepsi HAM dalam sebuah bab tersendiri dalam UUDNRI tahun 1945. Upaya memberikan jaminan atas penegakan HAM sebagai implementasi dari materi muatan HAM dalam Perubahan Kedua UUD 1945 masih membutuhkan keterujian publik.

Begitu pula halnya dengan taraf konsistensi dan harmonisasi segenap peraturan perundang-undangan yang mengatur perihal HAM. Kelihatannya, mau tidak mau, arah legislasi nasional diharapkan tidak saja mampu melahirkan penjabaran-penjabaran HAM yang lebih berkualitas dalam bentuk perundang-undangan, tetapi juga tetap menjaga sinerjitas kerja-kerja institusional dalam kerangka penegakan hukum dan HAM di Indonesia.

Untuk mempertegas jaminan atas penegakan HAM di Indonesia, maka dibentuk lembaga Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) berdasarkan Amanat Tap MPR No XVII Tahun 1998 tentang HAM dan UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM yang disahkan pada 23 September 1999 (LNRI Tahun 1999 Nomor 165, TLNRI Nomor 3886). Dalam dimensi penegakan hukum, beberapa kasus pelanggaran HAM di Indonesia diselesaikan melalui lembaga pengadilan HAM sebagai pengadilan khusus di lingkungan Peradilan Umum berdasarkan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang disahkan pada 26

[25] Hierarki Peraturan perundang-undangan di Indonesia disempurnakan dengan keluarnya UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Pada ketentuan Pasal 7 ditegaskan bahwa hierarki peraturan perundang-undangan adalah UUDNRI Tahun 1945, UU/Perpu, PP, Perpres dan Perda. Selanjuutnya pada 12 Agustus 2011, ketentuan UU No. 10 Tahun 2004 diubah melalui UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Pasal 7 menyatakan, jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan terdiri atas, UUDNRI Tahun 1945, Tap MPR, UU/Perpu, PP, Perpres, Perda Provinsi dan Perda Kabupaten/kota.

November 2000 (LNRI Tahun 2000 Nomor 208, TLNRI Nomor 4026).

Jaminan Konstitusi

Jaminan konstitusi atas HAM tidak bisa diabaikan. Pengabaian perihal HAM adalah juga pengabaian perihal penegakan hukum. Atas dasar itu, maka sebagai sebuah "otobiografi bangsa," pengaturan dan bentuk jaminan HAM dalam konstitusi harus menjadi perhatian serius seluruh komponen bangsa. Pentingnya jaminan konstitusi atas HAM membuktikan komitmen atas sebuah kehidupan demokratis yang berada dalam payung negara hukum.

Akan tetapi, patut dicamkan bahwa hal tersebut hanya berkisar dalam kapasitasnya sebagai hak-hak hukum (*legal rights*). Kelebihan pengaturan HAM dalam konstitusi memberikan jaminan yang sangat kuat, karena perubahan dan atau penghapusan satu pasal dalam konstitusi seperti dalam ketatanegraan Indonesia mengalami proses yang sangat berat dan panjang antara lain melalui amandemen dan referendum, sedangkan kelemahannya karena yang diatur dalam konstitusi hanya memuat aturan yang bersifat global.

Sementara itu bila pengaturan HAM melalui Tap MPR, kelemahannya tidak dapat memberikan sanksi hukum bagi pelanggarnya. Adapun pengaturan HAM dalam bentuk undang-undang dan peraturan pelaksanaannya, terdapat kelemahan lain yakni kemungkinan yang besar untuk seringnya mengalami perubahan sebagai akibat dari perubahan paradigma dan kebijakan-kebijakan yang bersifat kontekstual.[26]

Lebih dari itu, keterjaminan HAM dalam konstitusi dan peraturan perundang-undangan secara lebih baik akan menjadi peluang besar bagi terwujudnya penegakan hukum dan HAM secara bertanggung jawab dan berkeadilan. Maka, sudah saatnya muncul keberaniaan seluruh anak bangsa untuk terus melakukan

---

[26] Lihat lebih lanjut Tim ICCE UIN Jakarta, *op.cit*., halaman 222. Lihat juga Mr. Soewandi, *Hak-hak Dasar dalam Konstitusi-Konstitusi Demokrasi Modern* (Djakarta: PT. Pembangunan, 1957), halaman 26-63.

rekonstruksi demokrasinya secara lebih dewasa dan bermartabat menuju Indonesia yang modern dan berwibawa, tidak saja di mata masyarakat internasional, tetapi juga di hadapan anak-anak bangsanya.

Selain kekuatan UUDNRI Tahun 1945 dan berbagai regulasinya, konstitusionalitas HAM di Indonesia sesungguhnya semakin diperkuat dengan komitmen internasional yang diperankan Indonesia melalui kebijakan pengesahan berbagai instrumen HAM internasional. Sisi terakhir ini sejatinya semakin menjelaskan posisi dan komitmen aksi Indonesia terhadap kewajiban utama negara menghormati, melindungi dan memenuhi HAM, yakni sebagai berikut:

1. UU No. 5 Tahun 1998 tentang Pengesahan *International Convention Against Torture and Other Cruel*, *Inhuman Degrading Treatment or Punishment* (CAT);
2. UU No. 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan *International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW);
3. Kepres No. 36 Tahun 1990 tentang Pengesahan *International Convention on the Rights of the Child* (ICRC);
4. UU No. 29 Tahun 1999 tentang Pengesahan *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (ICERD);
5. UU No. 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Economic*, *Social and Cultural Rights* (ICESCR);
6. UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR);
7. UU No. 19 Tahun 2011 tentang Pengesahan *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ICRPD);
8. UU No. 6 Tahun 2012 tentang Pengesahan *Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (MWC);
9. UU No. 9 Tahun 2012 tentang Pengesahan *Optional Protocol to the CRC on the Involvement of Children in Armed Conflict*;

10. UU No. 10 Tahun 2012 tentang Pengesahan *Optional Protocol to the CRC on the Sale of Children*, *Child Prostitution and Child Pornography*.

Kesemua intrumen ini dikategorikan sebagai instrumen HAM internasional yang pokok. Dengan adanya kebijakan pengesahan instrumen HAM internasional ini berimplikasi pada kenyataan bahwa Indonesia adalah negara pihak (*state party*) yang menuntut ketundukan pada standar dan mekanisme HAM internasional.

Partikularitas HAM Indonesia?

Kebulatan tekad dan komitmen HAM ini merupakan bukti kesadaran konstitusional Pemerintah Indonesia dalam melindungi dan memenuhi HAM sesuai dengan standar dan mekanisme HAM internasional. Lebih dari itu, untuk menopang implementasi HAM di Indonesia, Pemerintah Indonesia menyusun dan menetapkan kebijakan HAM melalui rencana aksi nasional HAM Indonesia (Ranham)[27] yang saat ini telah memasuki gelombang keempat dalam kurun waktu lima belas tahun sejak 1997.[28]

Konsep Ranham didasarkan atas pandangan bahwa perbaikan abadi pada HAM akhirnya tergantung pada pemerintah dan orang-orang dari negara tertentu yang memutuskan untuk mengambil

---

[27] Konsep Ranham sesungguhnya pertama kali lahir pada Konferensi HAM di Wina, Austria, tahun 1993, *Vienna Declaration and Programme of Action of the World Conference on Human Rights*. Bagian II Pasal 71 menyatakan bahwa *the world conference on human rights recommends that each state consider the desirability of drawing up national action plan identifying steps whereby that state would improve the promotion and protection of human rights*. Konferensi ini dinilai sebagai salah satu konferensi HAM terbesar dunia sejak dicetuskannya Duham PBB Tahun 1948 dan Proklamasi Teheran 1968.

[28] Ranham Indonesia berturut-turut telah dikukuhkan melalui gelombang pertama (1998-2003) melalui Kepres No. 129 Tahun 1998, sebagaimana diubah melalui Kepres No. 61 Tahun 2003; gelombang kedua (2004-2009) melalui Kepres No. 40 Tahun 2004; gelombang ketiga (2011-2014) melalui Perpres No. 23 Tahun 2011; dan gelombang keempat (2015-2019) melalui Perpres No. 75 Tahun 2015.

aksi nyata guna menghasilkan perubahan. Persuasi dan kadang-kadang tekanan eksternal dapat memengaruhi pemerintah untuk melakukan aksi-aksi, tetapi pemenuhan HAM tidak dapat hanya dipaksakan dari luar. Ada sebuah kebutuhan lain yang lebih strategis, yakni bagaimana dimensi HAM universal mampu ditegakkan dalam kehidupan negara-bangsa. Desakan ini menunjukkan adanya keinginan kuat agar HAM diterjemahkan dalam kehidupan nasional masing-masing negara di dunia yang terangkum dalam Ranham.

Partikularitas HAM *ala* Indonesia melalui kebijakan Ranham sesungguhnya harus dimaknakan sebagai artikulasi komitmen politik HAM Indonesia. Ranham adalah dokumen kebijakan negara yang tidak saja mampu melahirkan dan membentuk jejaring HAM nasional yang baru, tetapi juga senyatanya berupaya merekonstruksi arah kebijakan HAM di Indonesia.

Dalam ketentuan Pasal 1 Angka 2 Perpres No. 75 Tahun 2015 tentang Rencana Aksi Nasional HAM Indonesia Tahun 2015-2019 ditegaskan bahwa Ranham Indonesia adalah dokumen yang memuat sasaran, strategi, dan fokus kegiatan prioritas rencana aksi nasional hak asasi manusia Indonesia dan digunakan sebagai acuan kementerian, lembaga, dan pemerintah daerah dalam melaksanakan penghormatan, pelindungan, pemenuhan, penegakan, dan pemajuan HAM di Indonesia.

Ada realitas dinamika dan sistem nilai ke-Indonesian Indonesia yang wajib dijunjung tinggi. Kedudukan Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945 merupakan piranti kuat eksistensi negara dan bangsa Indonesia. Nalar ini kemudian menjadi dasar pijakan normatif dalam merealisasikan komitmen HAM internasional ke dalam spektrum ke-Indonesiaan Indonesia.

Namun demikian patut juga dicerna dengan baik bahwa kuatnya dukungan nilai-nilai ke-Indonesiaan Indonesia dalam kerangka otorisasi dan legitimasi HAM di Indonesia tidaklah kemudian menjadi pembenar untuk mendeviasi dan bahkan mereduksi realisasi mandat Indonesia sebagai *state* instrumen HAM internasional. Kesenjangan taraf implementasi kewajiban HAM yang melekat pada negara, sebagaimana dimandatkan dalam

ketentuan Pasal 28I ayat (4) UUD NRI Tahun 1945 dan Pasal 8 UU HAM, justru masih sangat dirasakan menguat di berbagai kasus pelanggaran HAM di Indonesia. Ini adalah tantangan sempurna bagi Indonesia dalam menguatkan sisi partikularitas HAM yang mampu menopang derajat realisasi kewajiban HAM yang melekat pada negara.

Kesimpulan

Konstitusionalitas HAM dalam konstitusi Indonesia semakin kokoh pascaperubahan UUD 1945. Konstitusionalitas HAM melambangkan derajat kekokohan HAM dalam kehidupan berbangsa yang kemudian memberikan daya desak dalam merealisasikan kewajiban negara terhadap HAM. Perkembangan ini diharapkan semakin meneguhkan dasar pembangunan nasional yang berdimensi HAM Indonesia.

Kehadiran Ranham harus dipahami sebagai keharusan sejarah (*historical necessity*) dalam mengisi ruang aktualisasi HAM dalam konteks lokal negara-negara bangsa, tidak terkecuali Indonesia. Kreativitas melalui Ranham Indonesia harus dilanjutkan sekaligus ditingkatkan guna menghasilkan kinerja pemerintah yang benar-benar bertekad mewujudkan pembangunan Indonesia berbasis HAM.

Daftar Pustaka

Buku/Artikel

C.F. Strong, *Modern Political Constitution*; *an Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form* (London: Sidgwick & Jackson Limited).

Carl J. Friedrich, *Consitutional Government and Democracy; Theory and Practice in Europe and America*, Revised Editon (Boston: Ginn and Company, 1941).

----------, *the Philosophy of Law in Historical Perspective* (Chicago: the University of Chicago Press, 1963).

Carlos F. Rosenkrantz, "Againts Borrowings and Other non-Authoritative Uses of Foreign Law," dalam *International Journal of Constitutional Law* (New York: Oxford University Press, vol. 1, Issue 2, April 2003).

Harun al-Rasyid, "Relevansi UUD 1945 dalam Orde Reformasi," dalam *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* (Yogayakarta: UII Press, No. 10 Vol. 5, 1998).

Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia* (Jakarta: Konstitusi Press, 2005).

Larry Alexander (Ed.), *Constitutionalism*; *Philosophical Foundations* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).

M. Amien Rais, "Pengantar" dalam Peter Calvert, *the Process of Political Succession*, edisi Indonesia oleh Misbah Zulfa Elizabeth, et.al., *Proses Suksesi Politik* (Yogyakarta: Tiara Wacana, 1995).

Majda El Muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia* (Jakarta: Prenada Media, 2005).

Marlies Glasius, *Foreign Policy on Human Rights Its Influence on Indonesia under Soeharto* (Oxford: Intersentia, 1999).

Miriam Budiradjo, "Konsep Kekuasaan; Tinjauan Kepustakaan," dalam Miriam Budiardjo, *Aneka Pemikiran tentang Kuasa dan Wibawa* (Jakarta: Sinar Harapan, 1984).

Robert A. Goldwin dan Art Kaufman, *Slavery and Its Consequences; the Constitution, Equality, and Race* (Washington, D.C.: American Enterprise Institute for Public Policy research, 1988).

Samidjo, *Ilmu Negara* (Bandung: Armico, 1986).

Soewandi, *Hak-hak Dasar dalam Konstitusi-Konstitusi Demokrasi Modern* (Djakarta: PT. Pembangunan, 1957).

Sri Soemantri, "Konseptualisasi Dasar-dasar Konstitusi bagi Demokrasi yang Berkelanjutan," dalam International IDEA, *Melanjutkan Dialog Menuju Reformasi Konstitusi di Indonesia* (Jakarta: International IDEA, Indonesia, 2002).

----------, "Konstitusi serta Artinya Untuk Negara," dalam Padmo Wahjono (ed.), *Masalah Ketatanegaraan Indonesia Dewasa Ini* (Jakarta: Ghalia Idonesia, 1985).

Tim ICCE UIN Jakarta, *Demokrasi, Hak Asasi Manusia & Masyarakat Madani* (Jakarta: Prenada Media, 2003), halaman 222. Lihat juga Soewandi, *Hak-hak Dasar dalam Konstitusi-Konstitusi Demokrasi Modern* (Djakarta: PT. Pembangunan, 1957).

Todung Mulya Lubis, "Jaminan Konstitusi atas Hak Asasi Manusia dan Kebebasan," dalam International IDEA, *Melanjutkan Dialog Menuju Reformasi Konstitusi di Indonesia; Laporan Hasil Konferensi yang diadakan di Jakarta, Indonesia, pada bulan Oktober 2001* (Jakarta: International IDEA, 2002).

Peraturan Perundang-undangan

UUDNRI Tahun 1945.

Konstitusi RIS 1949.

UUDS 1950.

UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers.

UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

UU No. 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga.

UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

UU No. 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik.

UU No. 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman RI.

UU No. 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam Asean.

UU No. 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis.
UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan.
UU No. 1 Tahun 2011 tentang Perumahan dan Kawasan Permukiman.
UU No. 6 Tahun 2011 tentang Keimigrasian.
UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.
UU No. 13 Tahun 2011 tentang Penanganan Fakir Miskin.
UU No. 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum.
UU No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidanan Anak.
UU No. 18 Tahun 2012 tentang Pangan.
Kepres No. 129 Tahun 1998 tentang Ranham Indonesia, sebagaimana diubah melalui Kepres No. 61 Tahun 2003.
Kepres No. 40 Tahun 2004 tentang Ranham Indonesia Tahun 2004-2009.
Perpres No. 23 Tahun 2011 tentang Ranham Indonesia Tahun 2011-2014.
Perpres No. 75 Tahun 2015 tentang Ranham Indonesia Tahun 2015-2019.
Inpres No.10 Tahun 2015 tentang Aksi HAM Tahun 2015.

Ratifikasi Instrumen HAM Internasional

UU No. 5 Tahun 1998 tentang Pengesahan *International Convention Against Torture and Other Cruel*, *Inhuman Degrading Treatment or Punishment* (CAT)
UU No. 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan *International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW)
Kepres No. 36 Tahun 1990 tentang Pengesahan *International Convention on the Rights of the Child* (ICRC)
UU No. 29 Tahun 1999 tentang Pengesahan *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (ICERD)
UU No. 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Economic*, *Social and Cultural Rights* (ICESCR)

UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR)
UU No. 19 Tahun 2011 tentang Pengesahan *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ICRPD)
UU No. 6 Tahun 2012 tentang Pengesahan *Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (MWC)
UU No. 9 Tahun 2012 tentang Pengesahan *Optional Protocol to the CRC on the Involvement of Children in Armed Conflict*
UU No. 10 Tahun 2012 tentang Pengesahan *Optional Protocol to the CRC on the Sale of Children*, *Child Prostitution and Child Pornography*

Putusan Hakim Konstitusi

Putusan MKRI No. 1-2/PUU-XII/2014 pada 13 Februari 2014.

Pembatasan terhadap Kebebasan Berserikat dan Berkumpul: Studi Kasus Perppu No.2 Tahun 2017 tentang Keormasan

Atip Latipulhayat dan Rachminawati

Pendahuluan

Pembatasan hak asasi manusia (HAM) dinilai perlu sebagai bentuk penghormatan terhadap HAM itu sendiri. Namun demikian, pembatasan HAM ini kerap kali menjadi justifikasi pelanggaran HAM yang dilakukan oleh pemerintah. Hingga saat ini, konsep, teori, dan hukum yang mengatur tentang pembatasan HAM di Indonesia diwarnai pro dan kontra terhadap konsep pembatasan HAM Internasional terutama dalam hal pelaksanaannya. Pembatasan HAM di Indonesia bukanlah isu yang baru namun ada sejak HAM secara substansi diatur di dalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 (UUD 1945), khususnya UUD 1945 pasca perubahan. Pasca runtuhnya Orde Baru Tahun 1998, perkembangan HAM di Indonesia mengalami puncaknya dengan adanya bab yang menga-tur khusus tentang HAM dan pembatasannya dalam UUD 1945 pasca perubahan. Namun demikian, pasal yang mengatur pembatasan HAM dalam UUD 1945 tersebut dinilai banyak pihak sebagai "*loop holes*" yang berpotensi melanggar subtansi dari HAM. Di satu sisi, terdapat anggapan mengenai pembatasan HAM di Indonesia tidak sesuai dengan hukum internasional yang selama ini dijadikan standar nilai pelaksanaan. Di sisi lainnya, bahwa pembatasan tersebut telah sesuai dengan hukum internasional.

Melihat berbagai praktik yang dilakukan baik pada tingkat nasional maupun internasional, pembatasan HAM adalah suatu realitas yang tidak dapat diindahkan. Perppu No.2/2017 tentang

Keormasan yang pada Selasa, 24 oktober 2017 telah disahkan menjadi Undang-undang dalam rapat paripurna DPR dapat dikatakan sebagai bentuk pembatasan atas kebebasan berserikat dan ber-kumpul. Perppu ini menuai kontroversi luar biasa di masyarakat, yang kembali membentuk kubu pro dan kontra. Di luar pro dan kontra yang terjadi, pertanyaan mendasar yang akan dijawab dalam tulisan ini, apakah pembatasan HAM pada Perppu tersebut telah sesuai dengan pengaturan pembatasan HAM internasional? Secara sistematis tentu sebelum menjawab pertanyaan tersebut, penulis akan terlebih dahulu memaparkanmengenai sejauh manakah hukum internasional memberikan pengaturan pembatasan HAM serta bagaimana konsep dan pengaturan pembatasan HAM itu sendiri di Indonesia.

Diskursus Universalisme versus Relativisme

Ada beberapa terminologi yang seringkali dianggap sama sebagai pembatasan meskipun sebenarnya berbeda. Pembatasan (*limitation*) identik dengan pengurangan (*derogation*) ataupun *restriction*. *Limitation* dan *restriction* memiliki pengertian yang sama, sedangkan *derogation* adalah hal yang berbeda. Dalam Penulisan ini yang akan dibahas adalah terkait dengan pembatasan (*limitation* atau *restriction*), bukan pengurangan (*derogation*).

HAM diyakini sebagai nilai yang universal yang berlaku sama, tanpa batas tempat, dan waktu.[1] Doktrin kontemporer HAM yang diusung para universalis berawal dari konsep universalisme HAM dengan kepercayaan keberadaan nilai-nilai moral yang sama yang melekat pada semua manusia.[2] Prinsip universal HAM tersebut tidak dapat dibagi, dicabut, atau dikurangi ketika HAM tersebut

---

1 Hikmanto Junawa, "Pemberdayaan Budaya Hukum Dalam Perlindungan Hak Asasi Manusia di Indonesia; Hak Asasi Manusia Dalam Perspektif Sistem Hukum Internasional", dalam H. Muladi, *Hak Asasi Manusia Hakekat, Konsep dan Implikasinya Dalam Perspektif Hukum Dan Masyarakat,* Bandung: Refika Aditama, 2009, h. 70.

2 K. M. Smith,*Hukum Hak Asasi Manusia,* Yogyakarta: Pusat Studi Hak Asasi Manusia Islam Indonesia, 2008, h. 17.

ditransformasi ke dalam hukum nasional untuk memberikan perlindungan HAM maksimal.[3] Namun demikian promosi, perlindungan dan penegakan HAM tidak mudah mengingat keberagaman konsep HAM yang dimiliki oleh negara-negara di dunia. Secara tidak langsung keberagaman konsep tersebut berpengaruh terhadap konsep HAM internasional.[4] Keberadaan HAM universal itu hanya pada level nilai, sedangkan keberadaan HAM partikular ada pada level implementasi.

Perdebatan terhadap konsep universalisme - partikularisme HAM sudah sering dibahas oleh banyak ahli HAM. Beberapa dari mereka yang sering dijadikan rujukan dalam banyak tulisan tentang ini antara lain adalah An Naim, Donnely, Tomuschat, and Chomsky.

Universalitas sering di definisikan sebagai sebuah konsep yang menganggap bahwa HAM itu universal, berlaku sama untuk setiap orang tanpa diskriminasi, terlepas dari kebangsaan, sex, budaya, agama, umur atau status lainnya.[5] Definisi tersebut menggiring pada pemahaman bahwa HAM sebagai nilai yang universal harus diaplikasikan sama dan seragam bagi siapapun dan dimanapun. Universalisme HAM ini diidentikkan sebagai klaim Barat yang kurang diterima di Timur, termasuk di Indonesia. Adalah sebuah fakta bahwa memang Barat mengusung konsep ini dari praktik HAM di sana yang sarat dengan tradisi dan budaya Barat. Padahal HAM baik dalam tataran ide maupun praktik akan sangat tergantung pada tradisi dan budaya, bahkan kondisi khusus lainnya dalam lingkup masyarakat tersebut.[6] Dalam klaim universal ini, Nampaknya ada usaha Barat untuk melakukan "internasionalisasi" HAM mereka pada seluruh dunia. Idealnya konsep HAM Universal ini harus dipahami dan dimaknai sebagai sebuah nilai yang sama tetapi tetap mengindahkan dan memberikan ruang

---

3 Hikmanto Junawa, n. 2.

4 Boer Mauna, *Hukum Internasional, Pengertian Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Bandung: Alumni, 2011, hlm.692.

5 Sebagaimana disebutkan dalam UDHR.

6 Donnelly, Jack, "The relative universality of human rights." *Human rights quarterly* 29, no. 2 (2007): 281-306. hlm. 287.

untuk memiliki nilai yang beda sesuai dengan kondisi, kebutuhan dan keberagaman masyarakat internasional.[7] Terlebih adalah fakta jika implementasi HAM di dunia itu berbeda antara satu negara dengan negara lainnya.

Pembahasan mengenai universalitas HAM biasanya merujuk pada "ethnocentrism" - Etnosentrisme Eropa.[8] Etnosentrisme menjelaskan kecenderungan kita untuk memandang ras atau kelompok sosial tertentu sebagai model bagi kelompok lainnya. Etnosentrisme seharusnya tidak berarti bahwa tidak ada konflik atau cacat dalam model tersebut misalnya antara seseorang dengan budayanya sendiri, atau antara berbagai kelas dan kelompok dalam suatu masyarakat tersebut. Jadi, idealnya jika sebagai sebuah model maka seharusnya proses, nilai, konflik nilai dan cara penanganannya pun harus menjadi pelajaran bagi kelompok lain. Menjadi sebuah pelajaran bagi kelompok lain tentu adalah sebuah pilihan dan bukan keterpaksaan. Apresiasi terhadap etnosentrisme kita sendiri seharusnya membawa kita untuk bisa juga menghormati etnosentrisme orang lain. Etnosentrisme yang tercerahkan karenanya akan mengakui hak orang lain untuk "berbeda" entah sebagai anggota masyarakat lain atau sebagai individu dalam masyarakat yang sama. Dalam konteks ini, nilai HAM di Eropa bukanlah sebuah nilai yang ideal dan dapat

---

7 Ibid, hlm. 282.

8 An-Na'im, Abdullahi Ahmed, and Abd Allah Ahmad Naim. *Human rights in cross-cultural perspectives: A quest for consensus*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1995, hlm.23-24. "Ethnocentrism" - Etnosentrisitas menjelaskan kecenderungan kita untuk memandang ras atau kelompok sosial tertentu sebagai model bagi kelompok lainnya. Etnosentrisitas seharusnya tidak berarti bahwa tidak ada konflik antara seseorang dengan budayanya sendiri, atau antara berbagai kelas dan kelompok dalam suatu masyarakat tersebut. Jadi, Idealnya jika sebagai sebuah model maka seharusnya konflik dan cara penanganannya pun harus menjadi pelajaran bagi kelompok lain. Menjadi sebuah pelajaran bagi kelompok lain tentu adalah sebuah pilihan dan bukan keterpaksaan. Apresiasi terhadap etnosentrisitas kita sendiri seharusnya membawa kita untuk bisa juga menghormati etnosentrisitas orang lain. *Etnocentricity* yang tercerahkan karenanya akan mengakui hak orang lain untuk "berbeda," entah sebagai anggota masyarakat lain atau sebagai individu dalam masyarakat yang sama.

diterapkan pada wilayah lain selain Eropa; apalagi dipaksakan termasuk dalam konteks pelaksanaan kebebasan berserikat dan berkumpul dengan pembatasannya.

Dalam perspektif Post kolonial, pengusung etnosentrisme justru dinilai dapat mengancam HAM dan sistem yang sedang atau sudah terbangun pada masyarakat internasional lainnya. Seringkali juga dianggap bahwa gagasan universalitas ini digunakan seolah untuk tujuan ideologis guna menutupi maksud politik tertentu. Tentu pembahasan menganai ini dari perspektif politik akan sangat menarik.[9] Sebagai sebuah antitesis, partikularisme HAM mengakui bahwa betul ham itu dimiliki oleh semua orang dan semua kelompok dengan pemahaman bahwa setiap orang dan kelompok itu adalah unik dan spesial, dan karenanya pemenuhan HAM-nya akan berbeda satu dengan lainnya tergantung dari keunikannya tersebut.[10] Dalam hubungan internasional, keunikan tersebut tidak hanya dimiliki orang perorangan atau kelompok saja tetapi juga Negara. Keunikan dimaksud erat kaitannya dengan perbedaan sosial, ekonomi, budaya dan perbedaan lainnya antar negara. Adalah sebuah fakta bahwa kondisi sosial, ekonomi, dan budaya itu beragam, namun demikian hal tersebut berubah seiring waktu serta konteks.[11] Aspek-aspek tersebut jelas memiliki hubungan dengan segala aspek kehidupan manusia lainnya termasuk HAM.

Konsep tentang budaya nampak sebagai sesuatu yang tak tersentuh dan mengikat, dan karena itu ia dianggap menyangkal norma, nilai, dan prinsip lain termasuk universalitas hak asasi manusia. Biasanya hal itu digunakan untuk mencegah adanya kecaman atas praktik-praktik tertentu yang dianggap melanggar atau tidak sesuai dengan hak-hak fundamental. Bastekas mencontohkan praktik ini dengan mencontohkan isu diskriminasi

---

9 Bantekas, Ilias, and Lutz Oette, *International human rights law and practice*, UK: Cambridge University Press, 2013, h. 38.

10 Keunikan dalam konteks ini diartikan memiliki karakteristik dan/ atau pengaturan yang khusus dan/atau sesuai dengan kebutuhan dari setiap organisasi regional berdasarkan keberadaan budaya, ekonomi, sosial, politik, atau hal lainnya. Dalam terminology hukum, pengertian ini erat kaitanyya dengan konsep partikularitas HAM.

11 An-Na'im, n. 9.hlm. 23

terhadap perempuan dengan berbagai argumen yang digunakan untuk menuntut pelaksanaan prinsip *non-interference*.[12] Dalam sosiologi, terminologi ini dikenal sebagai relativisme budaya (*cultural relativism*).[13]

Dalam pandangan *universalist*, relativisme budaya dituduh sebagai sesuatu yang mengganggu tindakan melawan ketidakadilan. Selain itu, telah dianggap juga tidak dapat berinteraksi secara komunikatif; "*leaves no room for criticism at all… behind relativism nihilism looms*."[14] Donnelly telah dengan tegas mendefinisikan hal tersebut sebagai seperangkat doktrin yang menembus relativitas budaya dengan kekuatan preskriptif.[15] Dalam wacana HAM, bagaimanapun juga, relativisme budaya biasanya merupakan doktrin substantif-normatif yang menghormati perbedaan budaya.[16] Pandangan yang absolut terhadap budaya dengan relativitas budayanya – dan lawannya yakni universalisme HAM adalah sebuah produk pemikiran yang ekstrim. Menurut hemat penulis hal tersebut tidak lagi terlalu relevan dalam diskusi universalisme dan partikularisme HAM. Bagaimana mencari konsep untuk menjembatani debat ini baik dalam tataran konsep maupun praktik jauh lebih penting.

Merespon hal tersebut, banyak ahli HAM menawarkan berbagai pendekatan. Misalnya adalah konsep An Naim yang sangat terkenal yaitu analisis lintas budaya - *cross cultural analysis* dan reinterpretasi - *reinterpretations.*[17] Secara umum pendekatannya adalah bahwa, karena orang lebih cenderung untuk mengamati proposisi normatif dimana mereka percaya bahwa mereka akan dikenai sanksi oleh tradisi budaya mereka sendiri, karenanya pemenuhan standar HAM dapat dikembangkan melalui peningkatan legitimasi budaya atas standar tersebut.[18] An Naim beranggapan bahwa proposisi legitimasi budaya akan menerima

12 Bantekas, n. 10. hlm.39
13 An-Na'im, n. 9. hlm. 24
14 Ibid, hlm. 24
15 Donnelly, n. 7. hlm.282
16 Ibid, hlm.294.
17 An-Na'im, n. 9. hlm. 5
18 Ibid, hlm. 20

standar internasional yang ada sambil berusaha mengembangkan legitimasi kultural mereka dalam tradisi utama dunia melalui dialog internal dan perjuangan untuk menetapkan persepsi dan interpretasi rasional mengenai nilai dan norma budaya.[19] Pendapat ini benar adanya, akan tetapi menurut hemat penulis, perlu juga ada upaya agar hukum internasional mengakomodasi tradisi-tradisi budaya mereka serta standar HAM yang terbentuk dari tradisi tersebut.

Falk mengemukakan mengenai perlunya memediasi HAM internasional dan budaya melalui *web of cultural circumstances* – membentuk jaringan kebudayaan. Tanpa hal itu, menurutnya, tidak mungkin norma dan praktik hak asasi manusia mendapatkan perhatian di masyarakat non-western kecuali untuk sebagiannya saja, dan biasanya elit pemerintahan mereka lah yang agaknya "kebarat-baratan" sementara masyarakat umumnya masih menolak nilai ini. Falk menegaskan "*What is sought, and must be relied upon in the end, is a dialogue about appropriate behavioral standards in an atmosphere of growing toleration for divergence arising from varying cultural identities*."[20]

Tentu menjawab permasalahan di atas dan mengembangkan konsep serupa adalah menjadi tugas kita semua. Setidaknya ada beberapa hal yang perlu menjadi perhatian. Pertama, selama ini literatur kita lebih banyak fokus pada teks disbanding konteks. Kedua, adanya berbagai hukum internasional tentang HAM tidaklah cukup untuk menjamin pemenuhan HAM itu sendiri. Ketiga, hukum hak asasi manusia tidak dapat merestrukturisasi begitu saja hubungan antara negara, individu, organisasi, dan pemangku kepentingan lainnya, pemahaman ini diperlukan karena bagaimanapun hak asasi manusia tidak diterapkan dalam kekosongan budaya (*cultural vacuum*).[21]

Pada akhirnya, universalismeHAM hanya akan diterima sebagai prinsip universal yang melintasi berbagai budaya dan wilayah hanya jika mampu mengakomodasi berbagai kekhasan dan perbedaan (*particularity*) hak asasi manusia. Oleh karenanya, konsep dan

19 Ibid, hlm. 21
20 lihat Ibid, hlm. 46
21 Ibid, hlm. 5

konteks HAM itu pasti mengandung nilai universalisme sekaligus partikularisme.

Varian Pembatasan HAM

Konflik Barat dan Timur, konflik antara universalis dan partikularis sampai saat ini belum benar-benar berakhir. Deklarasi Wina 1993 (Deklarasi) lahir untuk menengahi konflik tersebut serta meluruskan pandangan mengenai konsep HAM. Di luar dari masih adanya pro dan kontrak terhadap konflik tersebut, Deklarasi menyatakan bahwa yang terpenting masyarakat internasional bersama-sama mencegah terjadinya pelanggaran-pelanggaran HAM yang masih terjadi. Deklarasi juga menyebutkan dan membatasi HAM fundamental dengan memberikan definisi dan kriteria hak fundamental seperti hak untuk menentukan nasib sendiri seperti diatur dalam instrumen HAM internasional lainnya. Selebihnya, Deklarasi tidak menyebutkan pembatasan secara eksplisit.

Pembatasan HAM juga dapat dilihat dari doktrin *margin of appreciation* (Doktrin MoA) yang dikembangkan oleh Mahkamah HAM Eropa dalam memutuskan suatu kasus mengenai adanya pelanggaran atau tidak atas pelaksanaan HAM yang terdapat dalam Konvensi HAM Eropa oleh negara anggota Dewan Eropa (*Council of Europe*).[22] Manfred Nowak menyebut Doktrin ini sebagai Doktrin pembatasan HAM yang terdapat dalam Konvensi HAM Eropa.[23] Doktrin ini juga dipraktikkan oleh Mahkamah HAM Inter-Amerika (*Inter-America Court of Human Right*) sebagai pertimbangan dalam memutuskan kasus, meski tidak sebanyak

---

22 Steven Greer, *The European Convention On Human Rights Achievements, Problems and Prospects,* UK: Cambridge University Press, 2006,hlm.222.

23 Manfred Nowak, *Pengantar pada Rezim HAM Internasional*,Raoul Wallenberg Intitute: Martinus Nijhoff Publisher,2003, h. 26. Lihat juga pada bukunya McGoldrick, Dominic. "A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by The Human Rights Committee. " *International and Comparative Law Quarterly* 65, no. 01 (2016): 21-60, hlm. 22.

digunakan di Eropa.[24] Dewan HAM PBB *(UN Human Rights Council)* pun menggunakan konsep dari doktrin tersebut meskipun tidak pernah mau mengakui terminologinya.[25]

Dalam konteks inilah Mahkamah HAM Eropa serta mahkamah HAM lainnya memperhitungkan dan menilai apakah Doktrin yang diterapkan oleh negara-negara tersebut proporsional dan penting. Disinilah kebijaksanaan dari para hakim memang mutlak diberikan karena hakim itu bukan hanya "corong" dari berbagai instrumen hukum tetapi harus mampu menggunakan kebijaksanaannya dari berbagai sumber hukum termasuk hukum yang tidak tertulis. Doktrin MoA adalah instrumen interpretasi, teknik interpretatif dalam menjustifikasi pembenaran untuk kasus-kasus tertentu.[26] Doktrin MoA adalah alat yang digunakan oleh Pengadilan untuk menentukan standar penghormatan ham yang diberikan kepada negara-negara dalam pelaksanaan kewajiban hukum HAM internasional mereka.[27]

Namun demikian, Doktrin MoA bukanlah hak Negara, melainkan sebuah doktrin *judicial self-restraint* yang dikembangkan oleh ECtHR. Pada perkembangannya, doktrin tersebut saat ini telah digunakan oleh Negara-negara Anggota.[28] Pada awalnya digunakan dalam konteks pembatasan HAM untuk hak-hak *non-derogable*, tetapi saat ini, meluas pada interprestasi atas semua kewajiban yang terdapat dalam konvensi.[29] Meskipun bukan hak negara, ECtHR menyediakan ruang bagi negara-negara untuk

---

24 Andrew Legg,*The Margin of Appreciation in International Human Rights Deference and Proportionality,* UK: Oxford University Press, 2012, hlm. 2.

25 *Ibid.*

26 Müllerová, Hana. "Environment Playing Short-handed: Margin of Appreciation in Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights." *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 24, no. 1 (2015): h. 83

27 Gruszczynski, Lukasz, and Wouter Werner. *Deference in international courts and tribunals: standard of review and margin of appreciation*. USA: Oxford University Press, 2014, h. 1.

28 McGoldrick, Dominic. " A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by The Human Rights Committee. " *Interna tional and Comparative Law Quarterly* 65, no. 01 (2016): 21-60, h. 22.

29 McGoldrick, Dominic, h. 22.

melaksanakan pembatasan HAM yang sah (Legalitas, sesuai dengan tujuan yang sah dan sesuai dengan hukum, dan diperlukan dalam masyarakat demokratis) dengan mempertimbangkan kondisi sosial, budaya, ekonomi dan politik. Pembatasan tersebut kemudian dinilai oleh Pengadilan apakah dapat dibenarkan atau tidak, apakah ada pelanggaran terhadap hak-hak yang terdapat dalam konvensi atau tidak.[30] Dapat disimpulkan bahwa Doktrin MoA adalah metode interpretasi pengadilan terhadap pelaksanaan konvensi HAM, yang menjembatani hubungan antara mekanisme regional HAM di Eropa dan otoritas nasional.

Hak-hak yang terdapat dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) tidak selalu bersifat mutlak dan tanpa adanya pembatasan-pembatasan tertentu. Namun sebaliknya, sebagaimana diatur dalam Pasal 29 ayat 2 bahwa setiap orang harus tunduk pada pembatasan sebagaimana yang diatur dalam hukum untuk menghormati hak fundamental orang lain, moralitas, dan kepentingan umum di sebuah masyarakat yang demokratif. Pasal inilah yang menjadi tumpuan utama bagi pembatasan HAM dalam konvensi-konvensi HAM internasional dan juga implementasinya.[31] Selain itu, pasal ini juga tidak hanya membatasi HAM yang diatur dalam Pasal 29 ayat 1 saja (mengenai kewajiban seseorang terhadap masyarakat untuk mengembangkan kepribadiannya secara bebas dan penuh), tetapi juga berlaku bagi keseluruhan hak dan kewajiban yang diatur dalam 28 pasal DUHAM.[32] Kemudian, istilah '*limitations*' yang digunakan Pasal 29 ayat 2 diperkenankan untuk berlaku setara dengan istilah-istilah dalam instrumen HAM internasional lainnya, seperti '*restrictions*', '*exceptions*', atau lainnya [tapi tidak *derogation*].[33] Pasal 29 ayat 2 ini juga memberikan standar bagi syarat-syarat umum pembatasan HAM, yakni hukum, kebutuhan, dan masyarakat yang demokratis, kemudian syarat-

---

30 Handyside v UK (1984).

31 Asbjørn Eide (et.al), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, h. 460.

32 *Ibid.*

33 *Ibid*; "*More than normal limitation, 'derogation' means temporary suspension or res trictions beyond those authorized in normal times*.", dalam Asbjørn Eide, *Ibid.*

syarat yang lebih spesifik seperti keamanan nasional, keselamatan umum, kesehatan, moral, serta hak dan kebebasan orang lain.[34]

Pembatasan HAM berdasarkan hukum dan aturan, terdapat juga dalam berbagai instrumen pokok HAM. Kovenan Internasional mengenai Hak Sipil dan Politik (KIHSP) mengatur pembatasan berbagai hak sipil dan politik dalam Pasal 2, 18, 19 ayat 3. Kovenan Internasional Hak-hak Ekonomi, Sosial, Budaya (KIHESB) mengaturnya dalam pasal 4, Konvensi Hak Anak – KHA mengaturnya pada Pasal 14, 15 ayat 3. Pengaturan pembatasan secara rinci akan disajikan dalam tabel Unsur Pembatasan HAM dan Instrumen Pengaturannya pada bagian selanjutnya.

Konsep dan Pengaturan Pembatasan HAM di Indonesia

Konsep dan pengaturan HAM dalam suatu negara lebih tepat jika pertama yang dilihat adalah konstitusinya sebagai *basic constituent* negara tersebut. Negara hukum modern ditandai dengan pengakuan akan HAM dalam konstitusinya. Jimly Asshiddiqie berpendapat bahwa keberadaan jaminan HAM dalam konstitusi memberikan kualifikasi khusus sebagai hak konstitusional, yaitu hak-hak yang dijamin dalam konstitusi.[35] Hak konstitusional ini biasanya merupakan hak-hak fundamental yang terdiri dari hak-hak pokok (*substantive rights*) dan hak-hak prosedural. Kombinasi hak-hak pokok dan prosedural ini menjadi sangat penting dalam perlindungan dan penegakan HAM, dan tidak bisa dipisahkan satu dengan yang lainnya.

Pengaturan mengenai HAM di Indonesia secara konstitusi telah tertuang dalam Pasal 28 Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945). Dimulai dari Pasal 28A hingga 28H, konstitusi menguraikan jenis-jenis HAM yang dilindungi di Indonesia, antara lain: hak hidup, hak untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan, hak untuk tumbuh dan berkembang

---

34 *Idem*, h. 461.

35 Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi,* Jakarta: BIP, 2007, h. 616.

tanpa diskiriminasi, kesetaraan di mata hukum, hak untuk bekerja, hak untuk mendapatkan kesempatan yang sama dalam pemerintahan, hak atas kewarganegaraan, kebebasan beragama, kebebasan berpendapat atau berekspresi, kebebasan berserikat, hak untuk mendapatkan informasi, kebebasan dari rasa takut dan penyiksaan, serta hak atas kesehatan.

Tidak hanya konstitusi secara tersirat telah menyebutkan adanya karakteristik pembatasan HAM dalam masyarakat Indonesia, lebih lanjut, dalam Pasal 28J konstitusi pun secara tegas mengakui pembatasan HAM diperlukan, sebagaimana bunyi pasal tersebut:

(1.) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

(2.) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada *pembatasanyang ditetapkan dengan undang-undang* dengan maksud semata-mata *untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain* dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan *pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum* dalam suatu *masyarakat demokratis*.

Dalam Pasal 28J diatas jelas bahwa pengaturan mengenai pembatasan HAM di Indonesia secara konstitusi harus dilakukan sesuai dengan "yang ditetapkan dengan undang-undang" dalam rangka "menghormati HAM orang lain" dengan tujuan-tujuan: (1.) moral; (2.) keamanan; (3.) ketertiban umum, dalam "suatu masyarakat demokratis". Syarat-syarat pembatasan HAM ini terlihat sudah mengadopsi syarat-syarat pembatasan yang terdapat dalam instrumen-instrumen hukum HAM internasional (Pasal 29 ayat (2) DUHAM serta Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (KIHSP), meskipun konstitusi menambahkan "nilai-nilai agama" sebagai salah satu syarat tujuan pembatasan HAM. Selain itu, berbeda dengan KIHSP yang mana pembatasan HAM hanya mencakup 3 jenis kebebasan (kebebasan bergerak, beragama, dan berekspresi dan informasi). Pembatasan HAM dalam konstitusi tidak membatasi jenis kebebasan mana saja yang dapat dibatasi,

namun pembatasan ini dapat berlaku bagi seluruh HAM yang tertuang dalam Pasal 28A hingga 28H.

Selanjutnya, peraturan-peraturan dibawah konstitusi pun memberikan landasan hukum yang serupa mengenai pembatasan HAM, yakni dalam TAP MPR No. 17 Tahun 1998 (TAP MPR 17/1998) serta Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang HAM (UU HAM). TAP MPR 17/1998 yang dikeluarkan sebelum adanya UUD 1945[36] ini membentuk "Piagam HAM", yang mana dalam Pembukaan disebutkan bahwa isi Piagam dilandasi oleh ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam DUHAM dan menyadari bahwa menghormati hak dan kebebasan orang lain merupakan suatu kewajiban. Amanat ini kemudian dituangkan dalam Pasal 36 Piagam HAM mengenai kewajiban HAM, yang berbunyi:

> "Di dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan-pembatasan *yang ditetapkan oleh Undang-undang* dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta *penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain*, dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan *pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum* dalam suatu *masyarakat demokratis*."

Perbedaan pembatasan yang ada dalam Piagam ini dengan yang ada dalam UUD 1945 adalah adanya unsur agama yang dijadikan dasar dari pembatasan tersebut. Unsur agama inilah yang sampai saat ini menjadi bahan perdebatan di kalangan penggiat dan pemikir HAM. Sepanjang hal ini sesuai dengan tujuan dari Negara tersebut, maka menurut hemat penulis hal ini tidak menjadi masalah.

Landasan hukum terakhir mengenai pembatasan HAM di Indonesia tertuang dalam UU HAM No. 39 Tahun 1999 (UU HAM), yang mana pada Bab IV mengenai kewajiban dasar manusia dan Bab VI mengenai pembatasan dan larangan. Syarat-syarat pembatasan yang terdapat dalam UU HAM pun turut serupa dengan syarat-syarat pembatasan dalam konstitusi maupun TAP MPR 17/1998, namun UU HAM menambahkan syarat

---

[36] UUD 1945 yang dimaksud adalah Perubahan Kedua UUD 1945.

"kesusilaan" sebagai salah satu syarat diperbolehkannya pembatasan HAM.

Gardbaum mengenalkan dua model ketentuan pembatasan, yaitu klausul pembatasan secara umum (*general limitation clause*)dan klausul pembatasan secara spesifik (*spesific limitations clause*). Klausul pembatasan secara umum berarti sebuah pernyataan pembatasan yang diterapkan pada semua hak-hak konstitusional, sementara klausul pembatasan spesifik merupakan pernyataan pembatasan yang berbeda-beda yang disesuaikan pada hak-hak konstitusional tertentu.[37] Dalam hal ini, apabila tidak terdapat ketentuan pembatasan secara spesifik, penafsiran terhadap suatu hak konstitusional, mengacu pada klausul pembatasan umum. Namun demikian, adakalanya suatu jaminan hak konstitusional dalam konstitusi tidak diberi batasan spesifik, batasan spesifik tersebut justru terdapat pada instrumen HAM internasional.[38] Terlebih lagi Indonesia sudah banyak meratifikasi instrumen HAM Internasional.

Perkembangan konsep pembatasan HAM dalam konstitusi dan dalam beberapa UU serta instrumen pokok HAM memperlihatkan adanya perbedaan yang sampai saat ini menuai dukungan dan resistensi dari berbagai pihak. Sebagai contoh, pihak yang mendukung menilai bahwa nilai agama memang harus dijadikan dasar adanya pembatasan HAM, sebaliknya pihak yang resisten mengatakan tidak bisa karena tidak sejalan dengan apa yang terdapat dalam DUHAM sebagai acuan standar HAM internasional. Perdebatan kemudian akan berkembang sampai pada diskursus Universalisme vs. Partikularisme HAM meskipun banyak disebutkan Deklarasi Wina 1993 sudah mengakhirinya.Jika mengacu pada kesimpulan penulis dalam beberapa tulisan sebelumnya bahwa universal itu dalam konteks nilai atau "*values*" dan partikular itu dalam konteks pelaksanaannya, maka yang menjadi pertanyaan soal pembatasan HAM berdasarkan agama atau

---

37 *Ibid.*

38 Misalnya dalam hal pembatasan kebebasan bergerak secara spesifik diatur dalam Pasal 13 ayat (3) KIHSP.

kesusilaan ini adalah apakah agama dan kesusilaan bisa dipandang sebagai konteks nilai atau konteks pelaksanaan?

Pelaksanaan HAM yang efektif memerlukan adanya harmoni antara pengakuan hak pokok dan prosedural. Hak pokok sendiri harus mencerminkan penerimaan HAM tersebut dalam masyarakat. Demikian juga dengan hak prosedural. Selama ini pro dan kontra HAM di Indonesia tidak pernah diselesaikan tuntas sampai pada akarnya. Penulis menilai perlu untuk melakukan rekonstruksi terhadap pemikiran hukum HAM selain pemikiran hukum secara umum. Dalam Editorial Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum untuk edisi 1.3 Tahun 2014, disebutkan bahwa rekonstruksi pemikiran hukum Indonesia harus dimaknai sebagai usaha untuk kembali kepada tradisi hukum Indonesia dengan melakukan kontekstualisasi terhadap nilai-nilai dalam tradisi hukum tersebut.[39] Ada tiga tradisi hukum utama yang memiliki pengaruh cukup penting dalam pembentukan dan perkembangan hukum di Indonesia, yaitu hukum adat, hukum Islam dan hukum Barat. Ketiga tradisi hukum inilah yang menjadi bahan baku pembentukan hukum Indonesia yang dalam prosesnya, ajaran-ajaran dan tradisi ini digunakan untuk menciptakan hukum yang baru yang berwajah Indonesia.

Dalam konteks HAM, secara pokok dan prosedural, termasuk dalam pembahasan pembatasan HAM, rekonstruksi pemikiran HAM tersebut pun harus dilakukan jika menginginkan pelaksanaan HAM yang efektif.

Kompleksitas Harmonisasi Pembatasan HAM di Indonesia dengan Hukum Internasional

Pada bagian ini Penulis mencoba untuk melihat kesesuian pembatasan HAM di Indonesia dengan hukum HAM internasional. Untuk menyajikan analisis lebih tajam, penulis terlebih dahulu membandingkan pengaturan pembatasan HAM melalui dua bagan berikut: pertama, bagan pembatasan HAM dan instrumen pengaturannya dalam hukum nasional dan internasional; kedua, bagan unsur pengujian pembatasan HAM.

---

39 Atip Latifulhayat, "Editorial", *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 1, Edisi 3, Desember 2014.

Pada bagan pertama, unsur-unsur pembatasan yang dibuat berasal dari unsur pembatasan HAM yang telah penulis uraikan sebelumnya, dan bukan berarti semua unsur dari pembatasan HAM yang ada di Indonesia dan dalam kerangka hukum HAM internasional sudah terakomodir di sini. Begitu pula dengan beberapa instrumen hukum nasional dan internasional yang kita identifikasi dalam bagan di bawah tidak bermaksud bahwa hanya instrumen-instrumen tersebutlah yang memiliki klausul pembatasan HAM. Penulis berpendapat, instrumen dimaksud adalah instrumen utama HAM sehingga menjadi suatu keperluan untuk memberikan prioritas dalam menilainya. Pada bagan kedua, unsur pengujian pembatasan HAM Penulis peroleh dari beberapa instrumen HAM internasional dan adopsi dari praktik-praktik pembatasan HAM di Eropa yang menurut hemat Penulis praktik tersebut memberikan banyak kontribusi terhadap hukum HAM internasional. Penerapan doktrin MoA adalah salah satunya.

Secara umum apabila kita melihat unsur pembatasan HAM dalam teks, maka dapat disimpulkan bahwa Indonesia memiliki aturan pembatasan HAM yang hampir sama dengan hukum internasional. Empat unsur yang sedikit berbeda adalah pada pembatasan HAM berdasarkan nilai-nilai agama (*religious values*), kesehatan masyarakat, kesejahteraan umum (*general welfare*), dan keselamatan masyarakat (*public safety*).

Pada instrumen hukum internasional, nilai-nilai agama tidak dapat dibenarkan sebagai justifikasi pembatasan HAM. Penggunaan pasal 18 ayat (3) KIHSP yang mengatur tentang kebebasan beragama seringkali dianggap sebagai pembatasan beragama adalah sebuah kesalahpahaman. Pasal 18 ayat (3) justru mengatur sebaliknya bahwa kebebasan beragama yang dianggap *non-derogable rights* ternyata dapat dibatasi pada wilayah yang disebut *freedom of eksternum* sepanjang diatur dengan hukum.[40]

Sebaliknya di Indonesia, nilai-nilai agama merupakan unsur pembatasan HAM sebagaimana diatur oleh UUD 1945 pasal 28J.

---

[40] Pasal 18 ayat (3) KIHSP: "*Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others*."

Pertanyaan selanjutnya adalah apakah pengaturan ini dapat di klaim tidak sesuai dengan hukum internasional? Pembatasan HAM berdasarkan agama yang ada di Indonesia dapat dikatakan tidak bertentangan dengan hukum HAM internasional dengan beberapa persyaratan tertentu, meskipun hukum HAM internasional tidak ada yang menyebutkan secara implisit bahwa nilai agama dapat dijadikan dasar adanya pembatasan HAM termasuk dalam Deklarasi Wina 1993 sekalipun.

Berbeda dengan di Eropa, secara implisit memang tidak menyebutkan pembatasan berdasarkan nilai agama, tetapi dalam praktiknya Mahkamah HAM Eropa seringkali membenarkan bahwa agama dapat menjadi pembatasan HAM. Dalam konteks inilah pengujian HAM dilakukan oleh Mahkamah HAM Eropa. Prinsip *proportionality* dan *necessity* akan diterapkan dengan sangat hati-hati dan dengan kajian mendalam oleh Mahkamah HAM Eropa dalam memutuskan kasus yang terkait dengan adanya pembatasan atas dasar agama. Mahkamah HAM Eropa akan melihat secara komprehensif kondisi sosial, budaya, ekonomi, dan agama dari negara yang kasusnya sedang dibahas. Hal demikian tentu melahirkan keputusan yang dinilai lebih adil dan tentunya dapat diterima baik dan tanpa resistensi.

Pengadilan HAM dan Pelaksanaan pembatasan HAM

Sebagai perbandingan, penulis merujuk kepada sistem dan praktik hukum di Amerika Serikat yang dianggap telah memiliki sistem dan praktik hukum yang mapan. *Due Process Clause* Amandemen ke 14 yang diratifikasi pada tahun 1868 menyatakan : *"Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law"*. Kata *"due"* dalam hukum Amerika dimaknai dan dipahami sebagai *reasonable* (masuk akal), *just* (adil), dan *proper* (patut). Kewenangan untuk menentukan adanya proses yang *reasonable, just,* dan *proper* adalah Pengadilan (*The power to decide as to the reasonability of the same is vested in the courts*).

Memperhatikan esensi dan substansi prinsip *due process of law*, sejatinya ia bukan formalitas terselenggaranya suatu proses peradilan, akan tetapi esensi dari peradilan tersebut yaitu harus dilakukan secara *reasonable, just, dan proper*. Dengan demikian,

adanya pengadilan tidak dengan sendirinya merupakan *due process of law*, apabila tidak dilakukan dengan *reasonable, just, and proper*. Misalnya, pengadilan dilakukan setelah pemerintah mencabut hak-hak warga untuk berserikat dan berkumpul sebagaimana yang dilakukan oleh Perppu No.2/2017. Process seperti ini jelas merupakan proses yang *undue* (yang tidak patut), karena kerugian sudah terjadi *(the damage has been done)* tanpa ada ruang dan kesempatan membela diri. Bukan suatu pembelaan apabila luka dan kerugian sudah diderita. Pembahasan lengkap mengenai Perppu No.2/2017 ini akan dijelaskan pada bagian selanjutnya.

Berikut adalah beberapa contoh kasus di Mahkamah HAM Eropa diikuti Mahkamah HAM Inter-Amerika yang memperlihatkan penerapan prinsip-prinsip yang menjadi unsur uji dalam pembatasan HAM di atas:

1. *Lingens v. Austria*[41]

Dalam kasus ini Mahkamah HAM Eropa menguji apakah pembatasan kebebasan berpendapat yang dilaksanakan Pemerintah Austria melalui Pasal 111 *Austrian Criminal Code* mengenai pencemaran nama baik sudah memenuhi syarat-syarat pembatasan HAM.[42] Mahkamah berpendapat bahwa pasal tersebut perlu diuji melalui tiga rangkaian tes: pertama, apakah sudah sesuai dengan hukum dan aturan yang berlaku (*prescribed by law*); kedua, apakah pembatasan sudah dilakukan untuk tujuan yang sah (*pursue a legitimate aim*); dan ketiga, apakah pembatasan dibutuhkan dalam masyarakat demokratis (*necessary in democratic society*).[43]

Pada kenyataannya, pembatasan telah dilaksanakan berdasarkan aturan yang sah, yakni Pasal 111, dan pasal dimaksud diundangkan oleh Pemerintah Austria dengan tujuan untuk "menjaga reputasi atau hak orang lain".[44] Berdasarkan hal tersebut,

---

41 *Case of Lingens v. Austria*, Mahkamah HAM Eropa, Putusan 8 Juli 1986, Application No. 9815/82, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57523#{"itemid":["001-57523"]}

42 *Ibid,* hlm. 12.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

pembatasan telah memenuhi syarat pertama dan kedua. Kemudian, dalam menentukan apakah syarat 'dibutuhkan dalam masyarakat demokratis' sudah terpenuhi atau tidak, Mahkamah pertama-tama menyamakan syarat 'kebutuhan' (atau *necessary*) dengan 'kebutuhan sosial yang mendesak' (atau *pressing social need*).[45] Mahkamah lalu mengukur kebutuhan ini dengan Doktrin yang dimiliki setiap negara anggota, termasuk Austria.[46] Mahkamah berpendapat Doktrin tiap negara harus tetap berjalan beriringan sesuai dengan pengawasan Eropa serta pengaturan dan pelaksanaannya di tiap negara anggota sendiri, tidak terkecuali pelaksanaannya oleh badan peradilan yang mandiri.

Selanjutnya, Mahkamah menguji kesesuaian pembatasan (atau sanksi dari pengaturan mengenai pencemaran nama baik) tersebut melalui syarat 'proporsionalitas' serta apakah penerapannya oleh pengadilan Austria sudah relevan dan *sufficient*.[47] Menurut Mahkamah, kebebasan berpendapat tidak hanya berlaku bagi informasi atau ide-ide yang bersifat menguntungkan saja, tetapi juga yang bersifat serangan-serangan yang dapat mengakibatkan perasaan terkejut, terganggu, maupun sakit hati. Toleransi, pluralisme, dan kelapangan dada terhadap hal-hal seperti inilah yang membentuk suatu 'masyarakat demokratis'.[48]

Keberadaan 'masyarakat demokratis' juga ditunjukkan dengan adanya kebebasan untuk melakukan debat politik, sehingga menurut Mahkamah, seorang politisi harus dapat menunjukkan rasa toleransi yang lebih besar dari masyarakat umum, karena profesinya membuat ia menjadi figur yang akan selalu mendapat pengawasan publik atas setiap kata-kata yang ia ucapkan dan setiap tindakan yang ia lakukan.[49] Syarat pembatasan tentang "melindungi hak dan reputasi orang lain" pun menjadi harus dipertimbangkan

45 *Ibid.*
46 *Ibid*, hlm. 13.
47 *Ibid.*
48 *Ibid.*
49 *Ibid*, hlm. 14.

kembali ketika dihadapkan dalam situasi khusus, seperti dalam diskusi-diskusi terbuka mengenai isu-isu politik.[50]

Pada akhirnya, Mahkamah membantah pendapat pengadilan tinggi Austria mengenai tanggungjawab pembatasan suatu kebebasan tidak berada di tangan badan peradilan, namun di tangan para pembuat undang-undang agar undang-undang tersebut dibuat *less onerous*.[51] Sebaliknya, menurut Mahkamah, sebenarnya tidak perlu dibedah satu per satu peraturan nasional mana saja yang bertentangan dengan HAM, tetapi bagaimana negara tersebut dapat melaksanakannya serta mempertanggungjawabkannya dalam hukum internasional.[52]

2. *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*[53]

Dalam kasus ini, Mahkamah HAM Inter-Amerika berpendapat bahwa sanksi-sanksi pidana mengenai penghinaan atau pencemaran nama baik merupakan gangguan (atau *interference*) terhadap kebebasan berpendapat.[54] Mahkamah menilai bahwa salah satu cara untuk menguji apakah sanksi pidana tersebut sudah memenuhi syarat '*proportionality*' dalam pembatasan HAM adalah dengan melihat 'dampak mengerikan' (atau '*chilling effect*') yang diakibatkannya.[55]

'Dampak mengerikan' dimaksud tidak hanya dilihat akibatnya terhadap pejabat publik bersangkutan, melainkan dilihat akibatnya terhadap kepentingan publik lain yang lebih besar.[56] Masyarakat dilarang dan menjadi takut untuk merilis, mencetak, atau menulis

---

50 *Ibid.*

51 *Ibid*, hlm. 16.

52 *Ibid.*

53 *Mauricio Herrea Ulloa and Fernán Vargas Rohrmoser v. Republic of Costa Rica*, Inter-American Court of Human Rights, Maret 2004, http://www.article19.org/data/files/pdfs/cases/costa-rica-written-comments-in-ulloa-v.-costa-.pdf.

54 Lihat Pasal 27 ayat (3) dan Pasal 45 ayat (1) UU ITE.

55 *Mauricio Herrea Ulloa and Fernán Vargas Rohrmoser v. Republic of Costa Rica*, Mahkamah HAM Inter-America, Maret 2004, http://www.article19.org/data/files/pdfs/cases/costa-rica-written-comments-in-ulloa-v.-costa-.pdf, h. 19.

56 *Ibid.*

apapun yang,meskipun kemungkinannya kecil, dapat terkena sanksi pidana tersebut.[57] Adanya 'dampak mengerikan' ini mengukur sejauh mana pembatasan suatu HAM dapat mengakibatkan hal-hal yang lebih buruk dari adanya pelarangan HAM sekalipun. Kemudian, Mahkamah mengutip pendapat Mahkamah HAM Eropa dalam *Lingens v. Austria* bahwa karena 'dampak mengerikan' tersebut, maka pembuatan sanksi-sanksi pidana harus dibatasi demi mencegah penyalahgunaan pembatasan HAM.[58]

Bagaimana dengan penyelesaian kasus di Indonesia? apakah hakim-hakim di Indonesia bisa melakukan uji melalui dua prinsip tadi dengan sebenar-benarnya? Sistem uji inilah yang harus diadopsi oleh Indonesia, bukan pembatasan atas nilai agamanya. Penyusun UUD 1945 berpikir bahwa nilai agama ini masuk dalam pasal 28J karena falsafah Indonesia adalah Pancasila dengan Ketuhanan sebagai sila pertamanya.

Indonesia sejak awal pendiriannya sudah mendeklarasikan diri sebagai negara republik yang memiliki falsafah Pancasila, dimana Ketuhanan Yang Maha Esa adalah sila pertamanya. Hal ini berarti nilai ketuhanan harus diarus utamakan dalam segala aspek kehidupan berbangsa dan bernegara. Nilai ketuhanan ini identik dengan nilai agama. Dapat disimpulkan bahwa pembatasan atas alasan agama di Indonesia secara teoretis bukan merupakan ketidaksesuaian dengan HAM internasional sepanjang pembatasan tersebut diatur oleh hukum dan dapat memenuhi unsur pengujian pembatasan ham sendiri. Permasalahannya adalah Indonesia tidak memiliki sistem pengujian HAM yang mapan dalam konstitusi maupun instrumen hukum terkait lainnya.

Dalam praktiklah pembatasan HAM berdasarkan nilai-nilai agama ini menimbulkan banyak masalah. Nilai agama kerap kali dijadikan justifikasi oleh pemerintah atau kelompok yang berkepentingan untuk membatasi hak warga negara atau sekelompok warga negara yang pada akhirnya berpotensi sebagai pelanggaran HAM. Pro dan kontra terhadap beberapa produk hukum dan putusan hakim pada kasus yang terkait dengan

---

57 *Ibid.*

58 *Idem*, h. 20.

pembatasan ham atas dasar agama ini juga adalah perdebatan yang tidak pernah tuntas dan memuaskan semua pihak.

Pengujian HAM berdasarkan prinsip *proportionality*, *necessity* dan *just requirement* (adil) adalah tantangan besar dalam sistem hukum termasuk peradilan HAM di Indonesia.

Sebagaimana diuraikan pada bagian sebelumnya, prinsip *proportionality* harus meliputi 3 (tiga) aspek: pertama, pembatasan HAM tersebut harus dilaksanakan untuk memenuhi tujuan yang bersifat 'protektif'; kedua, harus menjadi alat yang *least intrusive* demi memenuhi tujuan yang dimaksud; dan ketiga, harus proporsional dalam melakukannya.[59]

Semua unsur pengujian HAM ini adalah prinsip yang sifatnya tidak tertulis, berbeda dengan hukum [positif]. Prinsip berisi norma yang lebih umum dan lebih tinggi dibanding hukum. Prinsip ini adalah dasar adanya norma hukum dan tujuan dari hukum itu sendiri. Idealnya, jika suatu prinsip bertentangan dengan norma hukum, maka seharusnya prinsiplah yang 'menang'. Faktanya, ketika suatu norma itu sudah menjadi norma hukum, maka biasanya menjadi rujukan utama dan pertama hakim dalam memutus perkara. Terlebih Indonesia menganut sistem Eropa Kontinental, yang mana hakim masih menjadi corong undang-undang.

Studi Kasus terhadap Perppu/ Undang-undang No.2/2017 tentang Keormasan

Naskah ini sebetulnya dibuat sehubungan dengan permohonan pengujian untuk perkara Nomor 49/PUU-XV/2017 yaitu pengujian terhadap Perppu No.2/2017 tentang Keormasan dimana penulis (Atip Latifulhayat) adalah saksi ahli yang di ajukan oleh para pemohon untuk memberikan keterangan (ahli) dari perspektif Hak Asasi Manusia (HAM).

Masalah atau isu utama yang akan menjadi fokus dalam keterangan ahli ini adalah yang terkait dengan Hak Asasi Manusia (HAM). Hal ini penting untuk disampaikan, karena materi muatan

---

59 Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights:CCPR Commentary,* 2nd revised ed., Germany: N.P Engel, 2005, h. 275, para. 37.

Perppu sejatinya tidak boleh melanggar hak-hak warga negara. Hal ini juga berkaitan dengan pembahasan saat ini mengenai pembatasan HAM. Perppu dinilai adalah bentuk pembatasan terhadap kebebasan berserikat dan berkumpul. Sejatinya, Perppu tidak boleh mengatur mengenai HAM. Syarat materi muatan Perpu adalah yang mengatur jalannya pemerintahan *(administrative law)*, bukan di bidang hukum ketatanegaraan (*constitutional law*), sebagai hukum yang mengatur susunan organisasi negara, pembagian kekuasaan negara dan hak-hak warga negara. Hal ini dapat bertentangan dengan prinsip konstitusionalisme (pembatasan kekuasaan) dan mengganggu *check and balances*.

HAM yang rentan dilanggar oleh Perppu No.2/2017 adalah kebebasan untuk berserikat dan berkumpul *(freedom of assembly and association)*. Kebebasan untuk berserikat dan berkumpul merupakan HAM Kunci (key human rights) dalam hukum HAM Internasional sebagaimana termaktub di dalam Pasal 20 UDHR *(Universal Declaration of Human Rights)*. Kebebasan ini juga dijamin secara ekplisit di dalam Pasal 21 dan 22 ICCPR *(International Covenant on Civil and Political Rights)*. Hal yang sama juga tercermin di dalam Pasal 8 ICESCR *(International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights)* dan berbagai instrumen HAM internasional lainnya seperti *the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms* (Pasal 5).

Merujuk kepada instrumen hukum HAM internasional utama seperti UDHR, ICCPR, dan ICESCR penting untuk dilakukan, karena Indonesia telah meratifikasi instrumen hukum internasional tersebut. Indonesia sudah menerima prinsip-prinsip HAM di dalam UDHR karena menganggap prinsip-prinsip tersebut telah diterima sebagai hukum kebiasaan internasional *(customary international law)*. Sedangkan untuk kedua perjanjian internasional bidang HAM yaitu ICCPR dan ICESCR, Indonesia sudah meratifikasinya dan oleh karenanya Indonesia memiliki kewajiban internasional untuk menaatinya.

Mengingat kebebasan berserikat dan berkumpul merupakan salah satu hak kunci dalam HAM, maka pembatasan terhadap

kebebasan tersebut *(restriction)* dan pembubaran terhadap institusi tempat hak tersebut dijalankan dan dinikmati *(termination and dissolution)* tidak boleh melanggar hukum dan HAM. Oleh karena itu, tiga isu spesifik perlu dielaborasi lebih lanjut, yaitu pembatasan kebebasan berserikat dan berkumpul, pembubaran organisasi kemasyarakatan sebagai salah satu bentuk dari kebebasan berserikat, dan masalah *due process of law*.

Kebebasan untuk berserikat dan berkumpul adalah sarana yang memungkinkan berbagai hak sipil, budaya, ekonomi, politik dan sosial dapat terlaksana. Hak-hak tersebut merupakan komponen utama dari demokrasi yang dapat memberdayakan masyarakat dalam mengekspresikan aspirasi politik, aktivitas budaya, ekonomi, sosial, keagamaan, membentuk serikat kerja, dan memilih pemimpin untuk mewakili kepentingannya. Hal itu semua merupakan indikator penting adanya penghormatan negara terhadap HAM. Kebebasan untuk berserikat dan berkumpul dijamin dalam konstitusi masing-masing negara termasuk di Indonesia yang pelaksanaannya di atur di dalam undang-undang. Di Indonesia kebebasan berserikat dan berkumpul dijamin oleh Pasal 28 UUD 1945 yang pelaksanaannya diatur lebih lanjut dalam sejumlah undang-undang dan salah satu diantaranya adalah UU No.17 tahun 2013 tentang Keormasan. Jaminan dalam konstitusi ini tentu harus menjadi acuan utama untuk melihat sejauh mana pelaksanaan HAM dan pembatasannya, apakah ada pelanggaran atau tidak.

Untuk memastikan kebebasan tersebut berjalan dan mendapat perlindungan, negara memiliki dua kewajiban, yaitu kewajiban yang bersifat positif (*positive obligation*) dan kewajiban yang bersifat negatif (*negative obligation*). Kewajiban yang bersifat positif mewajibkan negara untuk memfasilitasi dan memastikan bahwa kebebasan tersebut terlaksana dengan baik sesuai dengan jaminan kebebasan yang diberikan hukum. Kewajiban yang bersifat negatif mewajibkan negara untuk tidak melakukan campur tangan yang tidak patut dan layak terhadap pelaksanaan kebebasan berserikat dan berkumpul. Sehubungan dengan hal ini Komisi HAM PBB dalam Resolusi No 21./16 Tahun 2013 menekankan bahwa tidak

boleh seseorang dikriminalisasi karena melaksanakan kebebasan berserikat dan berkumpul. Demikian pula seseorang tidak boleh diancam atau mendapat kekerasan, persekusi atau intimidasi karena menjalankan kebebasan tersebut.

Namun, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 4 ICCPR, kebebasan untuk berserikat dan berkumpul bukan merupakan hak yang absolut, artinya kebebasan tersebut tunduk kepada sejumlah pembatasan. Meskipun demikian, pembatasan tersebut harus diatur di dalam suatu undang-undang *(prescribed by law)* yang hal ini bukan saja merupakan cerminan, melainkan prasyarat dalam sebuah negara demokrasi. Pembatasan tersebut diperlukan apabila adanya kepentingan untuk melindungi keamanan nasional atau keselamatan publik *(national security or public safety)*, ketertiban umum *(public order)*, perlindungan kesehatan dan moralitas publik *(public health or morals)*, dan perlindungan terhadap hak dan kebebasan pihak lain sebagaimana di atas telah diuraikan teorinya.

Pembatasan yang diperkenankan hanyalah pembatasan yang jelas dan pasti (certain), tidak bersifat *arbitrer*. Secara khusus Resolusi Komisi HAM PBB No. 21/16 Tahun 2013 menyatakan bahwa pembatasan terhadap kebebasan berserikat dan berkumpul tidak boleh dilakukan dengan alasan karena tidak memiliki pandangan yang sama dengan pihak pemerintah. Selengkapnya resolusi tersebut berbunyi sebagai berikut:

> *"As such, no restrictions should be placed on associations, solely because they do not share the same views as those in authority".*

Dalam konteks ini maka pembatasan itu harus menjamin formula baku dari sebuah kebebasan, yaitu "kebebasan harus diletakkan sebagai aturan, sedangkan pembatasan adalah pengecualian" *(freedom is to be considered the rule and its restriction the exception)*. Dalam konteks ini penting juga untuk mencermati *General Comment* No.27 (1999) dari *the Human Rights Committee on freedom of movement* sebagai berikut:

> *"in adopting laws providing for restrictions ... States should always be guided by the principle that the restrictions must not impair the essence of the right ... the relation between right and restriction, between norm and exception, must not be reversed".*

General Comment tersebut menekankan dua hal penting yaitu; pertama, pembatasan tidak boleh mengganggu, merusak atau mengurangi esensi dari hak tersebut. Kedua, hubungan antara hak dan pembatasan hak, antara norma dan pengecualiannya, tidak boleh tertukar atau dipertukarkan. Oleh karena itu, apabila negara akan membatasi hak tersebut, seluruh syarat diatas harus dipenuhi. Pembatasan tersebut harus dimotivasi oleh salah satu dari kepentingan yang terbatas *(limited interest)* dan memiliki dasar hukum yang dijamin oleh undang-undang. Secara demikian dapat dikatakan bahwa secara filosofis, pembatasan terhadap kebebasan berkumpul dan berserikat pada pokoknya adalah sesuatu yang tidak diperbolehkan, karena menyangkut salah satu hal yang paling asasi dalam kehidupan manusia, kecuali ada kepentingan yang secara substantif diperlukan untuk menjamin kebebasan tersebut.

Selain itu, agar pembatasan terhadap kebebasan berserikat dan berkumpul dapat diterima sebagai pembatasan yang sah *(legitimate)*, pembatasan tersebut harus proporsional dan memiliki tujuan yang dibenarkan oleh hukum. Hal ini terkonfirmasi dalam *General Comment* No.31 (2004) *of the Human Rights Committee on the nature of the general legal obligation imposed on States* parties *to the Covenant* yang menyatakan bahwa, apabila diletakkan pembatasan terhadap kebebasan berserikat dan berkumpul, negara harus menunjukkan adanya kepentingan *(necessity)* dan harus meletakkan pembatasan tersebut secara proporsional sesuai dengan tujuan yang dibenarkan *(legitimate aims)* untuk memastikan adanya perlindungan HAM yang efektif dan berkelanjutan (paragraf 6).

Untuk memastikan pembatasan terhadap kebebasan berserikat dan berkumpul dilakukan secara sah, proporsional, dan tidak melanggar hukum dan HAM, Komisi HAM PBB menekankan agar dilakukan lewat mekanisme yang transparan, detail, tertulis, dan pembatasan tersebut tetap harus lewat proses pengadilan (*to ensure that a well detailed and timely written explanation for the imposition of any restriction is provided, and that such restrictions can promptly be the subject of an independent and impartial judicial review*. Resolusi 21/16 Tahun 2013).

Perppu No. 2/2017 menggunakan prinsip pembatasan HAM sebagaimana yang dianut oleh *Bangkok Declaration* tahun 1993 sebagaimana diuraikan di atas. Namun, syarat pembatasannya yang tidak sesuai, karena alasan yang digunakan bukan didasarkan kepada hal yang nyata, melainkan asumsi. Dalam konsiderannya antara lain dinyatakan bahwa Perppu ini lahir karena adanya penilaian ada ormas yang dinilai oleh pemerintah sebagai menyimpang atau bertentangan dengan Pancasila. Pertimbangan ini jelas-jelas menempatkan pemerintah sebagai pemilik hegemoni tafsir atas Pancasila yang rentan untuk digunakan secara *arbitrer*. Seharusnya penilaian itu didasarkan kepada putusan pengadilan sebagaimana dipraktikkan di Eropa.

Perppu hakikatnya adalah penyimpangan yang dibenarkan *(justified)*. Clinton Rossiter menyebutnya sebagai *constitutional dictatorship*, sedangkan Bagir Manan menyebutnya sebagai *justified dictatorship*. Karena sifatnya yang demikian, maka Perppu itu menjadi *justified* apabila benar-benar didasarkan kepada adanya kedaruratan. Bukan asumsi adanya kedaruratan atau kedaruratan yang diciptakan *(created / fabricated emergency)*.

Keadaan bahaya harus didasarkan atas ukuran adanya bahaya yang nyata *(clear and present danger)* atau bahaya nyata atas ketertiban umum *(grave and present danger)*. Di Prancis dikenal dengan istilah *serious and immediate threat*. Keadaan bahaya tidak boleh didasarkan atas perkiraan atau dugaan termasuk yang didasarkan kepada kalkulasi rasio semata.

Selain adanya pembatasan terhadap kebebasan berserikat dan berkumpul, dengan syarat-syarat tertentu negara dapat melakukan penangguhan *(suspension)* penghentian *(termination)* atau pembubaran *(dissolution)* terhadap suatu asosiasi atau organisasi yang merupakan wadah tempat kebebasan berserikat dan berkumpul tersebut dilaksanakan. Kebebasan berserikat dan berkumpul melekat sepanjang suatu organisasi atau asosiasi tersebut eksis. Oleh karena itu, tindakan negara untuk menangguhkan, menghentikan atau membubarkan secara paksa suatu organisasi merupakan pelanggaran yang sangat serius terhadap kebebasan berserikat dan berkumpul. Atas dasar ini, tindakan membubarkan suatu organisasi

hanya dapat dilakukan apabila negara dapat memenuhi syarat-syarat yang ketat, yaitu adanya ancaman yang nyata dan jelas *(clear and imminent danger)* yang disebabkan adanya pelanggaran terhadap hukum nasional dan hukum HAM internasional. Tindakan pembubaran itu harus dilakukan secara proporsional yang berbasis kepada tujuan yang sah dan sesuai dengan hukum *(strictly proportional to the legitimate aim pursued)* dan hanya dapat dilakukan apabila tindakan atau upaya yang persuasif dianggap tidak cukup atau tidak memadai.

Merujuk kepada preseden di ILO *(International Labour Organization)*, pembubaran suatu organisasi hanya dapat dilakukan sebagai tindak lanjut dari keputusan pengadilan, karena dengan proses seperti ini dapat memastikan adanya hak untuk membela diri terlebih dahulu. Selengkapnya putusan ILO itu berbunyi sebagai berikut: *"… such dissolutions should only happen following a judicial decision so that the rights of defence are fully guaranteed".*

Sehubungan dengan hal ini Komisi HAM PBB menekankan pentingnya negara untuk memfasilitasi dan memberikan perlindungan terhadap kebebasan berserikat dan berkumpul melalui negosiasi dan mediasi. Pemerintah sebaiknya jangan memilih tindakan pemaksaan dalam menertibkan organisasi atau perserikatan. Kalaupun pemerintah pada akhirnya harus mengambil tindakan tegas, tidak boleh dilakukan secara eksesif dan sewenang-wenang. Selengkapnya Komisi HAM PBB menyatakan: *"..where force is absolutely necessary, no one is subject to excessive or indiscriminate use of force"* (Council Resolution 19/35, paragraf 6).

Untuk memperkuat argumentasi di atas, kasus pembubaran organisasi di Tanzania sebagaimana dilaporkan oleh Komisi HAM PBB dapat dijadikan perbandingan dan bahkan dapat dijadikan rujukan. Tindakan Pemerintah Tanzania yang membubarkan suatu perhimpunan yang bergerak dalam aktivitas kesetaraan gender dinyatakan tidak sah dan dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi setempat. Sebagai konfirmasi, saya kutipkan redaksi asli dari Special Raporteur sebagai berikut:

> *"In the United Republic of Tanzania, the case of an association working on gender equality that had been deregistered by the authorities was successfully overturned by the Constitutional Court".*

Terhadap kasus ini Komisi HAM PBB memberikan catatan penting bahwa pembubaran suatu organisasi yang hakekatnya adalah konkretisasi dari kebebasan berserikat dan berkumpul hanya dapat dilakukan melalui pengadilan yang bebas dan mandiri *(independent and impartial court)*. Sehubungan dengan hal ini Komisi HAM PBB memberikan Rekomendasi sebagai berikut:

> *"Suspension or involuntarily dissolution of associations should be sanctioned by an impartial and independent court in case of a clear and imminent danger resulting in a flagrant violation of domestic laws, in compliance with international human rights law".*

Pembatasan kebebasan berserikat dan berkumpul dan juga pembubaran organisasinya mensyaratkan adanya pengadilan yang mandiri dan imparsial. Dengan perkataan lain harus dilakukan dengan proses yang adil atau *due process of law*. Sebagai negara yang menjunjung tinggi supremasi hukum (negara hukum), eksistensi Perppu harus diletakkan pula dalam bingkai Indonesia sebagai negara hukum. Dalam negara hukum, antara prosedur pembentukan dan substansi hukum, begitu juga penegakan hukum, semuanya harus didasarkan kepada asas dan prinsip-prinsip hukum. Prosedur pembentukan dan subtansi hukum harus tunduk kepada apa yang disebut dengan *substantive due process of law*. Sedangkan bagaimana hukum itu dijalankan atau ditegakkan harus tunduk kepada apa yang dikenal dengan *proceduraldue process of law.*

Perppu No.2/2017 tidak memperhatikan dan tidak menghormati *due process of law* khususnya *procedural due process of law*. *Due process of law* bukan konsepsi teknis yang hanya menyangkut teknis dan mekanisme peradilan semata, akan tetapi ia adalah suatu proses dan perlakuan yang adil *(just treatment)* yang memberikan tempat dan kesempatan kepada mereka yang hak dan kebebasannya terancam untuk membela hak-haknya.

Konsep *due process of law*berasal dari *English Common Law* yang mendalilkan bahwa seseorang tidak boleh dicabut atau dihilangkan hak hidupnya, kebebasannya, dan harta miliknya tanpa

pemberitahuan dan kesempatan untuk membela hak-hak mereka yang dijamin oleh konstitusi. *Magna Charta*, kesepakatan yang ditandatangani pada tahun 1215 yang menjelaskan hak-hak rakyat Inggris terhadap Raja, antara lain menjelaskan sebagai berikut: *No free man shall be seized, or imprisoned ….except by the lawful judgement of his peers, or by the law of the land"*. Frase *"the law of the land"* kemudian ditransformasikan menjadi frase *"due process of law"*.

Due process of law adalah suatu jaminan konstitusional yang menjamin harus adanya proses hukum yang *fair* (adil) yang memberikan kesempatan kepada seseorang untuk mengetahui proses tersebut dan memiliki kesempatan untuk didengar keterangannya mengapa hak hidup, kebebasan dan harta miliknya dirampas atau dihilangkan. Ia adalah jaminan konstitusional bahwa hukum tidak akan ditegakkan secara tidak rasional, sewenang-wenang *(arbitrer)*, atau tanpa kepastian *(capricous). Due processof law* adalah prinsip yang mendalilkan bahwa pemerintah harus menghormati hukum, menghormati hak-hak rakyat sebagaimana termaktub di dalam konstitusi, dan melindungi rakyat dari kesewenang-wenangan.

Memperhatikan bagaimana esensi dari konsep *due process of law*, maka substansi Perppu No.2/2017 bukan saja mengingkari, tapi juga melawan prinsip *due process of law*, karena secara sengaja menghilangkan proses tersebut dalam membubarkan suatu organisasi. Tawaran dari pemerintah kepada pihak yang merasa jadi korban Perppu untuk melakukan pembelaan di pengadilan atas keputusan pemerintah tersebut, alih-alih merupakan *due process of law*, tidak lain adalah *undue process of law*.

Kesimpulan

Pembatasan HAM dalam hukum internasional secara terminologi identik dengan *human rights limitations* atau *exception* bukan *derogation* atau pengurangan. Pembatasan ini diperbolehkan sepanjang memenuhi syarat-syarat umum pembatasan HAM, yakni hukum (*law*), kebutuhan (*necessity*), dan masyarakat yang demokratis (*democratic society*) dan syarat-syarat yang lebih spesifik seperti keamanan nasional (*national security*), keselamatan umum (*public safety*

or order), kesehatan (*health*), moral, serta hak dan kebebasan orang lain.

Konsep pembatasan HAM di Indonesia sendiri hampir serupa dengan hukum HAM internasional hanya ada penekanan pada nilai-nilai agama sebagai dasar pembatasan HAM. Tapi, bukan berarti hal tersebut adalah pelanggaran terhadap hukum HAM internasional sepanjang dapat dibuktikan bahwa pembatasan tersebut sesuai dengan hukum dan memenuhi prinsip *proportionality, necessity* dan *just*. Meskipun demikian, pengaturan pembatasan yang spesifik dan tidak multitafsir harus lebih dikedepankan. Perppu No. 2/2017 menggunakan prinsip pembatasan HAM sebagaimana yang dianut oleh *Bangkok Declaration* tahun 1993 sebagaimana diuraikan di atas. Namun, syarat pembatasannya yang tidak sesuai, karena alasan yang digunakan bukan didasarkan kepada hal yang nyata, melainkan asumsi. Dalam konsiderannya antara lain dinyatakan bahwa Perppu ini lahir karena adanya penilaian ada ormas yang dinilai oleh pemerintah sebagai menyimpang atau bertentangan dengan Pancasila. Pertimbangan ini jelas-jelas menempatkan pemerintah sebagai pemilik hegemoni tafsir atas Pancasila yang rentan untuk digunakan secara *arbitrer*. Seharusnya penilaian itu didasarkan kepada putusan pengadilan.

Daftar Pustaka

Buku

An-Na'im, Abdullahi Ahmed, and Abd Allah Ahmad Naim, 1995, *Human rights in cross-cultural perspectives: A quest for consensus*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

Bantekas, Ilias, and Lutz Oette, 2013, *International human rights law and practice*, UK: Cambridge University Press.

Boer Mauna, 2011, *Hukum Internasional, Pengertian Peranan Dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Bandung: Alumni.

Eide, Asbjørn (et.al), 1992, *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press.

Chowdhury, Azizur Rahman (eds), 2010, *An Introduction to Internatio nal Human Rights Law*, Leiden: Brill Publishers.

Condé, H. Victor, 2004, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, 2nd ed., Lincoln: Unversity of Nebraska Press.

Greer, Steven, 2006, *The European Convention On Human Rights Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gruszczynski, Lukasz, and Wouter Werner, 2014, *Deference in international courts and tribunals: standard of review and margin of appreciation*. USA: Oxford University Press.

H. Muladi, 2009, *Hak Asasi Manusia Hakekat, Konsep dan Implikasi - nya Dalam Perspektif Hukum Dan Masyarakat,* Bandung: Refi- ka Aditama.

Jimly Asshiddiqie, 2007, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi,* Jakarta: BIP.

Legg,Andrew,2012, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Deference and Proportionality,* UK: Oxford University Press.

Nowak, Manfred, 2003, *Pengantar pada Rezim HAM Internasional*, Raoul Wallenberg Intitute: Martinus Nijhoff Publisher.

Nowak, Manfred, 2005, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised ed., Germany: N.P Engel.

Rehman, Javaid, 2003, *International Human Rights Law: A Practical Approach*, Essex: Pearson.

Smith, K. M. (et.al), 2008, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Pusat Studi Hak Asasi Manusia Islam Indonesia.

Jurnal/Makalah/Artikel Ilmiah

Atip Latifulhayat, 2014, "Editorial", *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 1, Edisi 3.

Müllerová, Hana, 2015, "Environment Playing Short-handed: Margin of Appreciation in Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights." *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 24, no. 1.

McGoldrick, Dominic, 2016, "A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by The Human

Rights Committee." *International and Comparative Law Quarterly* 65, no. 01 (2016): 21-60.

Dokumen Lainnya

Nowicki, Marek, "What are Human Rights?", http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2011/06/marek_nowicki_what _ are _human-rights.pdf.

Risalah Sidang Perkara No. 013/PUU-IV/2006, "Pengujian Pasal 134 dan 136 bis dan 137 KUHP mengenai Penghinaan kepada Presiden dan Wakil Presiden RI terhadap UUD 1945", Putusan Mahkamah Konstitusi, 6 Desember 2006.

Peraturan Perundang-Undangan Dan Peraturan Lainnya

Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945

TAP MPR Nomor 17 Tahun 1998

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik

Perppu No.2/2017 tentang Keormasan

Universal Declaration on Human Rights, 10 Desember 1948, GA Res 217 A (III).

International Covenant on Civil and Political Rights, 23 Maret 1976, 999 UNTS 171 and 1057 UNTS 407 / [1980] ATS 23 / 6 ILM 368 (1967).

International Covenant on Economic, Social, and Economic Rights, 3 Januari 1976, 993 UNTS 3 / [1976] ATS 5 / 6 ILM 360 (1967).

European Convention on Human Rights, 1 Juni 2010, CETS no. 194.

World Conference on Human Rights: Vienna Declaration and Programme of Action, UN Doc. A/CONF.157/23.

Extraterritorial Litigation sebagai Solusi Alternatif *Access to Justice* Bagi Korban Pelanggaran HAM oleh Korporasi Multinasional (MNCs)

Prischa Listiningrum dan Rizqi Bachtiar

Pendahuluan

Korporasi multinasional (MNCs) merupakan bagian dari masyarakat internasional yang mempunyai peranan penting dalam upaya penegakan hak asasi manusia (HAM).[1] Besarnya lingkup operasi dan kapasitas finansial yang dimiliki menyebabkan korporasi mempunyai kemampuan untuk melakukan maupun terlibat dalam aktivitas-aktivitas yang dapat dikategorikan sebagai pelanggaran HAM. Pelanggaran yang dilakukan dapat berupa pelanggaran terhadap hak buruh, hak masyarakat minoritas, non-diskriminasi, hak privasi, hak untuk hidup, maupun hak atas lingkungan hidup yang sehat. Hingga tahun 2006 tercatat terdapat 70.000 MNCs yang beroperasi di seluruh dunia membawahi 700.000 anak perusahaan (*subsidiaries*) dan jutaan pemasok (*suppliers*).[2] Jumlah MNCs diperkirakan kian meningkat tiap tahunnya dan bahkan pada tahun 2009 saja terdapat peningkatan

---

1 John Gerard Ruggie, "Business and Human Rights: The Evolving International Agenda", Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 31, Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2007.

2 Elisa Morgera, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, h. 3.

sebesar 13 persen dari tahun sebelumnya (meningkat dari 70.000 menjadi 79.000).[3]

Melalui MNCs, negara-negara maju melakukan invasi ekonomi kepada negara-negara berkembang yang kaya akan sumber daya alam dan tenaga kerja. Menyadari dominasi ekonomi global tersebut, negara-negara dunia ketiga (*the global South*) berusaha untuk melakukan perlawanan yang telah dimulai semenjak empat dekade yang lalu.Dengan dukungan blok Soviet, negara-negara berkembang menginisiasi pembentukan aturan internasional yang mengikat (*binding international rules*) untuk mengatur kegiatan MNCs.[4] Sehingga pada tahun 1974 dibentuklah *UN Commission on Transnational Corporations* (UNCTC) yang bertugas untuk mempersiapkan draft aturan tersebut.[5] Namun sayangnya, draft yang dihasilkan, yakni *the UN Code of Conduct on Transnational Corporations* tidak pernah diadopsi akibat penentangan keras dari negara-negara industri (*industrialised countries*).[6]

Seiring dengan peningkatan jumlah pelanggaran HAM yang dilakukan oleh MNCs terutama pada sektor ekstraktif dan perusahan *apparel*, maka dibentuklah *working group on business and human rights* di tahun 1998 yang bertugas untuk membuat rekomendasi dan usulan-usulan yang bertujuan untuk mendorong terpenuhinya perlindungan atas HAM oleh MNCS, seperti halnya hak ekonomi, sosial dan kebudayaan serta hak sipil dan politik termasuk hak untuk berkembang (*the right to development*).[7] Untuk mejalankan mandat tersebut, pada tahun 2003 *working group on*

---

3 Morten Ougaards dan Anna Leander, *Business and Global Governance*, London: Routledge Taylor & Francis Group, 2010, h.1.

4 John Gerard Ruggie, *Loc.Cit;* Karl P. Sauvant, "The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations", *the Journal of World Investment & Trade,* 16, 2015, h.15.

5 Seymour J. Rubin, "Transnational Corporations and International Codes of Conduct: A Study of the Relationship Between International Legal Cooperation and Economic Development", *the American University Law Review*, Vol. 30, 903, 1981, h. 904.

6 John Gerard Ruggie, *Loc.Cit,* h. 2.

7 UN Sub-Commission on Promotion and Protection of Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/Res/1998/8 (20 Agustus 1998).

business and human rights mengusulkan sebuah draft aturan, yakni "*Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*".[8] Draft tersebut meletakkan standar perlindungan HAM oleh korporasi yang dituangkan dalam dua puluh tiga pasal dan ditulis seperti bahasa perjanjian atau konvensi. Draft tersebut juga menegaskan peran negara sebagai pemegang tanggungjawab (*duties bearer*) internasional dalam memastikan keterpatuhan maupun keterikatan MNCs terhadap aturan yang akan dibuat. Sehingga jika draft tersebut diadopsi maka aktivitas MNCs akan diawasi baik dalam lingkup nasional maupun internasional, terutama jika terjadi pelanggaran HAM maka MNCs harus memberikan kompensasi yang sesuai (*effective remedies*). Aturan draft yang sangat mengikat seperti ini tentu didukung sepenuhnya oleh *non-governmental organisations* (NGOs) yang bergerak di bidang HAM namun sayangnya ditentang oleh komunitas bisnis seperti *theInternational Chamber of Commerce* (ICC) dan *the International Organization of Employers* (IOE).[9]

Dalam hal pengaturan untuk aktivitas MNCs, *softlaw instruments* yang bersifat *voluntary* dan tidak mengikatlebih dianggap sebagai pilihan tepat daripada *hardlaw instruments* yang *legally binding* dan penuh dengan tanggung jawab serta akibat hukum. Hal inilah yang melatarbelakangi organisasi negara-negara maju seperti *the Organization of Economic Cooperation and Development* (OECD) untuk menerbitkan pedoman (*guidelines*) bagi MNCs yang bersifat tidak

---

[8] Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 Agustus 2003).

[9] International Chamber of Commerce and International Organization of Employers, "Joint views of the IOE and ICC on the draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights", <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/179848/link_page_view>, diunduh 12 Februari 2017.

mengikat.[10] Senada dengan OECD, *the International Labor Organization* (ILO) juga menerbitkan pedoman bagi MNCs yang tidak mengikat berupa deklarasi, yakni *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy* (selanjutnya disebut dengan *ILOTripartite Declaration*).[11] Mekipun kedua dokumen tersebut telah merujuk kepada Deklarasi Universal HAM (*Universal Declaration of Human Rights*) dan beberapa konvensi Internasional HAM lainnya,[12] namun kedua aturan tersebut dianggap kurang dapat menjadi payung hukum pengaturan MNCs yang universal dan mengikat mengingat bentuknya yang hanya merupakan *softlaws*.

Menanggapi pro dan kontra tersebut, *the UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights* kemudian membentuk representasi khusus (*the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises* yang selanjutnya disebut dengan SRSG) yang salah satunya bertugas untuk mengidentifikasi dan mengklarifikasi standar aktivitas MNCs dalam kaitannya dengan perlindungan HAM.[13] Sehingga terpilihlah John Ruggie sebagai SRSG yang kemudian menginisiasi pembentukan Pedoman Prinsip-Prinsip Bisnis dan Hak Asasi Manusia (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights)* yang disampaikan dalam lampiran (*annex*) dalam laporan hasil mandatnya kepada Dewan Hak Asasi Manusia PBB (*United Nations Human Rights Council* yang selanjutnya disebut dengan UNHRC).[14]

---

10 The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Text, Commentary and Clarifications, revised Oct. 31, 2001, OECD Doc. DAFFE/IME/WPG (2000)15/FINAL.

11 International Labour Organisation, *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, revised Nov. 2000**,** 83 ILO Official Bull., Series A, No. 3 (2000).

12 Sebagai contoh Konvensi Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*), dan Konvensi Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (*International Covenenat on Economic, Social and Cultural Rights*).

13 U.N. Human Rights Commission Resolution 2005/69, U.N. Doc. E/CN.4/2005/ L.87 (15 April 2005).

14 *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie (Guiding*

Melalui Resolusi 17/4 tertanggal 16 Juni 2011, UNHRC menyatakan dukungannya terhadap Pedoman Prinsip-Prinsip Bisnis dan Hak Asasi Manusia yang diusulkan oleh SRSG untuk diterapkan sebagai standar aturan perlindungan HAM oleh MNCs. Dengan mengusung tiga pilar tanggung jawab, yakni *protect, respect, andremedies*, pedoman ini tidak hanya menegaskan peran negara sebagai pengemban tanggungjawab internasional dalam upaya penegakan HAM, namun juga menegaskan pentingnya peran MNCs dalam upaya perwujudan dan penghormatan terhadap HAM. Terutama jika terdapat pelanggaran HAM oleh MNCs, pemerintah harus memastikan tersedianya akses terhadap keadilan (*access to justice*) bagi para korban. Meskipun telah meletakkan pondasi aturan internasional terhadap aktivitas MNCs, namun sifat *voluntary* atau tidak mengikatnya pedoman ini menyebabkan ketidakpastian kewajiban MNCs dalam melindungi HAM. Sehingga diperlukan upaya atau *good will* dari tiap-tiap negara untuk memastikan dan mengontrol tindakan MNCs yang beroperasi dalam wilayah yurisdiksinya.

Pada beberapa negara (*host countries*) dimana penegakan hukum terhadap pelanggaran HAM oleh korporasi dianggap lemah dan tidak berpihak kepada korban,[15] maka tuntutan kerugian atas pelanggaran HAM dapat diajukan secara *extraterritorial* pada negara dimana korporasi multinasional tersebut berdomisili secara internasional (*home country*). Dalam hukum internasional, suatu negara tidak diwajibkan untuk mempunyai aturan mengenai *extraterritorial litigation* dalam kaitannya dengan pelanggaran HAM oleh MNCs, namun hukum internasional juga tidak melarang adanya aturan tersebut.[16] Sehingga, pada Negara-negara dengan

---

Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework), A/HRC/17/31, <http://www.ohchr.org /Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf> diunduh pada 13 Februari 2017.

15 Ronen Shamir, "Between Self-Regulation and the Alien Tort Caims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility", *Law & Society Review*, Volume 38, Number 4, 2004, h. 637.

16 John Gerard Ruggie, *Loc.Cit*, h. 15, 19; Human Rights Council, "Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human

sistem dan penegakan hukum yang cukup mapan seperti Amerika Serikat (selanjutnya disebut dengan AS), korban-korban pelanggaran HAM oleh MNCs yang berkeduduan di AS dapat mengajukan gugatan di pengadilan AS meskipun tindakan pelanggaran tersebut dilakukan di luar wilayah AS. Hal ini dapat dilakukan berkat disahkannya *Alien Tort Claims Act* (ATCA)[17] oleh kongres AS.

Bertitik tolak dari hal tersebut, maka makalah ini akan membahas mengenai: (1) sejarah perkembangan pengajuan *extraterritorial litigation* di bawah rezim ATCA; dan (2) unsur-unsur yang perlu untuk dibuktikan oleh penggugat untuk dapat mengamankan klaim atas pelanggaran HAM yang melibatkan MNCs. Hal ini dilakukan agar ke depan, para pencari keadilan dapat memanfaatkan gugatan ekstrateritorial jika tidak mendapatkan kompensasi yang patut atas pelanggaran HAM yang dialami.

Pembahasan

Access to justice atau akses terhadap keadilan adalah salah satu bentuk dari hak asasi yang melekat pada tiap individu, terutama bagi mereka yang haknya telah dilanggar.[18] Hak ini dapat diperoleh baik melalui lembaga formal yang mempunyai kewenangan untuk mengadili, maupun melalui upaya-upaya lain di luar pengadilan. Berawal dari Pasal 8 Deklarasi HAM PBB, *access to justice* kemudian diatur dalam instrumen HAM internasional lainnya, seperti dalam Pasal 2(3) Konvensi Hak Sipil dan Politik (*International Convention on Civil and Political Rights*), Pasal 13 Konvensi HAM Eropa (*European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*), Pasal 25 Konvensi HAM Amerika (*American Convention on Human Rights*), Pasal 7 Piagam HAM Afrika (*AfricanCharter on Human and Peoples'*

rights and transnational corporations and other business enterprises", A/HRC/4/35/Add.2, 15 Februari 2007.

17 Dapat juga disebut dengan istilah *Alien Tort Statue.*

18 Francesco Francioni, *Access to Justice as a Human Right,* Oxford: Oxford University Press, 2007, Chapter 1.

Rights), Pasal 47 Piagam Hak Fundamental Uni Eropa (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), dan Paragraf 5 Deklarasi HAM ASEAN (*ASEAN Human Rights Declaration*). Aturan-aturan tersebut terlebih menyangkut hak-hak sipil dan politik dimana pelaksanaannya haruslah seketika tanpa dapat ditunda, misalnya melalui pembuatan produk hukum dan upaya penegakan oleh apartur negara. Hal ini berbeda dengan pelaksanaan hak ekonomi, sosial dan budaya yang dapat dijalankan secara progresif dengan skala prioritas tertentu atau yang bisa dikenal dengan istilah *progressive realisation.*[19]

Dalam hukum internasional, negara terikat dan bertanggung jawab secara penuh untuk menjalankan aturan-aturan internasional dimana negara tersebut telah mengikatkan diri sebagai anggota (*pacta sunt servanda*), termasuk untuk menjalankan berbagai aturan HAM internasional yang telah disepakati.[20] Negara pun harus menjalankan aturan tersebut dengan itikat baik atau *good faith*. Namun permasalahannya, bagaimanakah jika entitas-entitas di luar negara melakukan tindakan yang bertentangan dengan hukum internasional, misalnya melakukan pelanggaran terhadap HAM? Apakah negara dapat dipersalahkan atas pelanggaran tersebut? Dan bagaimanakah jika pelaku pelanggaran HAM tersebut adalah sebuah korporasi yang beroperasi secara lintas negara? Maka Negara manakah yang harus dipersalahkan? Negara tempat pusat korporasi tersebut bernaung (*home country*), ataukah Negara dimana korporasi tersebut menjalankan aktivitas yang melanggar HAM tersebut (*host country*)?

---

19 United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), "General Comment No 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)"', E/1991/23, paragraf 9, <http://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>, diunduh 15 Februari 2017; Christian Courtis, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability,* Jenewa: International Commissions of Jurists, 2008, h. 9-12; Asbjorn Eide, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", dalam Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook,* Edisi kedua, Belanda: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, h. 26-27.

20 *Vienna Convention on the Law of Treaties,* Pasal 26.

Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan tersebut, haru diingat bahwadalam teori hukum HAM internasional, negara tidak hanya mempunyai kewajiban untuk menjaga diri agar tidak secara aktif melakukan penggaran HAM (*obligation to respect*), namun negara juga mempunyai kewajiban untuk menjaga agar tidak terjadi pelanggaran oleh pihak ketiga di luar negara (*obligation to protect*) dan kewajiban untuk menciptakan susana yang kondusif untuk mendukung tegaknya HAM (*obligation to fullfil*). Sehingga baik *home country* maupun *host country* sama-sama mempunyai kewajiban untuk memastikan setiap entitas maupun korporasi yang berada di bawah naungannya mematuhi segala aturan terkait perlindungan HAM.

Untuk menjaga *access to justice* bagi para korban pelanggaran HAM yang tidak mendapatkan keadilan di negaranya sendiri (*host countries*), *home country* memperbolehkan para pencari keadilan (*plaintiffs*) dari negara lain untuk melakukan penuntutan perdata atas pelanggaran HAM diluar wilayahnya jika hal tersebut dilakukan oleh MNCs yang berdomisili di wilayah hukum dari *home country*. Hal ini mengingat rata-rata *home countries* adalah negara berkembang (*developing countries*)[21] atau negara yang kurang berkembang (*least developed countries*)[22] dengan sistem hukum yang belum mapan, represif dan tidak berpihak kepada para pencari keadilan terutama terhadap mereka yang lemah. Atas dasar hal itulah Amerika Serikat memperbolehkan klaim perdata atas pelanggaran HAM yang terjadi di luar wilayah mereka dalam skema perbuatan melawan hukum (*tort*) yang khusus di bawah rezim ATCA.

Selanjutnya dalam pembahasan ini akan didiskusikan mengenai perkembangan pengajuan *extraterritorial litigation* di bawah rezim ATCA, termasuk sejarah asal usul diadopsinya ATCA, asal

[21] Daftar negara berkembangmenurut PBB dapat diunduh di http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2012country_class.pdf

[22] Daftar negara Negara yang kurang berkembangmenurut PBB dapat diunduh di http://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/ldc/ldc_list.pdf.

muasal dikenalnya pertanggungjawaban[23] korporasi, serta unsur-unsur apa sajakah yang harus dibuktikan oleh penggugat.

Sejarah Perkembangan *Extraterritorial Litigation* di Bawah Rezim ATCA

ATCA diundangkan oleh Kongres sebagai bagian dari undang-undang kehakiman tahun 1789 (*the Judiciary Act of 1789*). Aturan inimenyatakan bahwa *"The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States."*[24] Sehingga pengadilan negara bagian mempunyai kewenangan untuk mendengarkan gugatan perdata oleh orang asing (*aliens*) dalam kasus perbuatan melawan hukum, yakni hukum internasional maupun perjanjian internasional yang telah diratifikasi oleh Amerika Serikat. Tujuan dari diundangkannya aturan ini sebanarnya tidak begitu jelas,[25] namun Blackstone mencatatkan bahwa terdapat tiga bentuk perbuatan melawan hukum (*tort*) yang awalnya dirancang untuk dapat diberikan ganti rugi di bawah rezim ATCA, yakni pelanggaran perilaku yang aman (*violation of safe conduct*), pelanggaran hak-hak duta besar (*infringement of the rights of ambassadors*), dan pembajakan (*piracy*).[26] Namun pada perkembangannya menjadi meluas karena dalam yurisprudensi kasus *United States v The Paquete Haban,* pengadilan menyatakan bahwa tidak ada pembedaan antara hukum nasional dan

---

23 Istilah tanggung jawab dalam makalah ini dapat dipertukarkan dengan istilah tanggung gugat, yakni kemampuan koporasi sebagai badan hukum untuk bertanggung jawab di muka pengadilan.

24 *Alien Tort Claims Act*(ATCA), 28 U.S.C. § 1350.

25 Joan Fitzpatrick, "The Future of the Alien Tort Claims Act of 1789: Lessons From In Re Marcos Human Rights Litigation", *St. John's Law Review,* Volume 67, 1993, h. 492.

26 Adam Pearse, "John Doe VIII v. Exxon Mobil Corp.: The D.C. Circuit Affirms Corporate Liability Under the Alien Tort Statute", *Tulane Environmental Law Journal,* Vol. 25 (1), Winter 2011, h. 236.

internasional di Amerika Serikat dan hukum internasional haruslah diadministrasikan dengan baik di dalam proses peradilan.[27]

Pada kurun waktu dua abab semenjak diundangkan ATCA tidak menjadi aturan yang popular untuk dijadikan dasar dalam gugatan karena hanya digunakan dua kali yakni pada tahun 1795 dan 1961. ATCA menjadi populer semenjak kasus *Filartiga v. Pena-Irala* pada tahun 1980.[28] Dalam kasus ini,Joelito Filartiga adalah warga Negara Paraguay yang telah menjadi korban pelanggaran HAM berupa penyiksaan hingga meninggal dunia oleh kepolisian setempat. Setelah mengetahui bahwa pelaku kekerasan kini menetap di wilayah Amerika Serikat, yakni Brooklyn maka keluarga Filartiga melakukan gugatan terhadap pelaku penyiksaan tersebut di Amerika Serikat atas dasar ATCA. Awalnya pengadilan tingkat pertama di Amerika Serikat menolak kasus ini dengan alasan bahwa hukum internasional tidak mengatur perlakuan yang pantas terhadap warga negaranya. Namun putusan ini dianulir oleh pengadilan di tingkat banding yang menyatakan bahwa penyiksaan (*torture*) adalah pelanggaran terhadap hukum HAM internasional, sehingga berdasarkan ATCA pengadilan mempunyai kompetensi untuk mengadili kasus tersebut meskipun kasus ini melibatkan penggugat dari negara lain. Pengadilan tingkat banding juga menyatakan bahwa aparatur dari Paraguay (*Paraguayan official*) yang tinggal di Amerika Serikat dapat dituntut atas pelanggaran HAM yang dilakukan di luar wilayah Amerika Serikat. Putusan inilah yang kemudian menjadi yurisprudensi pengajuan gugatanperdata yang dilakukan secara ekstrateritorial oleh warga negara asing yang menjadi korban pelanggaran HAM. Putusan ini juga sebagai landasan digunakannya hukum HAM internasional sebagai salah satu unsur dalam gugatan perbuatan melawan hukum di Amerika Serikat.[29]

---

27 Dalam kasus *United States v The Paquete Haban,* 175 U.S. 677 (1900), dinyatakan bahwa "[i]nternational law is part of our law".

28 *Filartiga v. Pena-Irala,* 630 F.2d 876, 878 (2d Cir. 1980).

29 Lihat juga kasus *Xuncax v. Gramajo* dan kasus *Abebe-Jira v. Negewo* dalam Richard L. Herz, "Litigating Environmental Abuses Under the Alien Tort

Pro Kontra Gugatan Terhadap MNCs di Bawah Rezim ATCA

Dalam perkembangannya, *extraterritorial litigation* terhadap pelaku pelanggaran HAM tidak hanya ditujukan kepada individu atau perseorangan. Gugatan ini juga dapat diajukan terhadap MNCs sebagai badan hukum (*recht persoon*). Gugatan kepada MNCs populer semenjak kasus *Doe vs. Unocal Corporation* pada 1997.[30] Gugatan ini diajukan oleh warga desa di Burmaatas berbagai pelanggaran HAM, termasuk perbudakan yang dilakukan oleh Pemerintah Burma, yakni *State Law and Order Restoration Council (SLORC)* dan *Myanmar Oil and Gas Enterprise (MOGE)* yang bekerjasama dengan Unocal Corporation. Kemitraan antara SLORC, MOGE dan Unocal dilakukan dalam rangka proyek pembangunan pipa gas alam untuk Thailand. Menanggapi klaim tersebut, Unocal menyatakan bahwa klaim atas dirinya tidak dapat diajukan dibawah rezim ATCA karena hukum internasional hanya berlaku bagi negara.

Dalam putusannya, pengadilan Amerika Serikat mengabulkan sebagian gugatan, yakni menerima klaim atas Unocal dan menolak anggapan bahwa hanya negara lah yang dapat digugat dalam rezim ATCA. Sebaliknya, pengadilan menolak untuk mengadili tuntutan atas SLORC dan MOGE atas dasar doktrin imunitas negara (*sovereign immunity*). Kasus *Doe v Unocal* ini kemudian menjadi awal dari munculnya berbagai gugatan terhadap MNCs. Sebagai contoh, digugatnya Toxaco atas pelanggaran HAM yang dilakukan di Ecuador, Coca Cola yang digugat atas pelanggaran HAM di Colombia, Talisma yang digugat atas pelanggaran HAM di Sudan, Royal Dutch Shell yang digugat atas pelanggaran HAM di Nigeria, Exxon Mobil yang digugat atas pelanggaran HAM di Indonesia,

---

Claims Act: A Practical Assessment", *Virginia Journal of International Law,* 40, 1999-2000, h.551.

30 *Doe v Unocal Corporation,963 F.Supp. 880 (C.D. Cal. 1997).*

dan Fresh Del Monte Produce yang digugat atas pelanggaran HAM di Guatemala.[31]

Hingga tahun 2010 tercatat telah terdapat 155 gugatan atas pelanggaran HAM oleh MNCs yang diajukan di bawah rezim ATCA. MNCs tersebut bergerak di berbagai bidang usai, mulai dari pertambangan, keuangan, farmasi, komunikasi, konstruksi, hingga makanan dan minuman.[32] Meskipun kasus *Doe v Unocal*telah menjadi yurisprudensi (*precedent*) diakuinya gugatan terhadap korporasi di bawah rezim ATCA, namun nampaknya perdebatan belum usai. Perwakilan dari MNCs senantiasa berusaha mencari cara untuk menolak penuntutan atasnya. Kedudukan hukum pertanggungjawaban korporasi dalam rezim ATCA seakan diuji ketika pada tahun 2010 pengadilan[33] dalam kasus *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Corporation*[34] memutusbahwa korporasi tidak dapat dituntut berdasar ATCA karena tidak ada hukum kebiasaan internasional yang mengakui pertanggungjawaban korporasi untuk pelanggaran atas hukum internasional. Putusan ini diambil setelah mempertimbangkan praktik yang dijalankan oleh pengadilan pidana internasional (*international criminal tribunals*), seperti misalnya *the International Military Tribunal at Nuremberg, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), the International Criminal Tribunal for Rwanda,* dan *the International Criminal Court*yang hanya mempunyai yurisdiksi atas perseorangan (*naturlijk persoon*), bukan korporasi sebagai badan hukum (*recht persoon*).

Menanggapi pro dan kontra tersebut, dalam kasus *John Doe VIII v. Exxon Mobil Corporation* di tahun 2011, pengadilan memutus bahwa korporasi tidak kebal terhadap ATCA. Kasus ini merupakan pelanggaran HAM berupa pembunuhan, pemerkosaan, dan penyiksaan di Aceh yang dilakukan oleh pihak militer Indonesia

---

31 Ronen Shamir, "Between Self-Regulation and the Alien Tort Caims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility", *Law & Society Review*, Volume 38, Number 4, 2004, h. 638.

32 Adam Pearse, *Loc.Cit,* h. 235; Craig Forcese, "ATCA's Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act", *the Yale Journal of International Law,* 26, 2001, h. 510-512.

33 yakni*the Second Circuit Court.*

34 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.,* 621 F.3d 111, 120 (2d Cir. 2010).

yang dibayar oleh Exxon Mobil untuk menjaga keamanan aktivitas usahanya. Menurut pengadilan dalam kasus ini, Exxon Mobil bersalah atas pelanggaran HAM yang dilakukan oleh militer Indonesia. Lebih lanjut, pengadilan juga menjelaskan bahwa pertanggungjawaban korporasi telah diterima dalam prinsip perbuatan melawan hukum di Amerika Serikat semenjak tahun 1789. Pengadilan dalam kasus *Kiobel* juga telah salah dalam melihat praktik hukum internasional yang ada, terutama yang ditunjukkan oleh ICTY. Hal ini dikarenakan ICTY mengakui adanya kejahatan kemanusiaan tidak hanya melibatkan individu, namun juga melibatkan organisasi atau kelompok tertentu. Sehingga dalam hal ini badan hukum dapat dimintai pertanggungjawabannya.[35]

Aspek-Aspek Penting dalam Pembuktian

Setelah membahas tentang sejarah pengundangan ATCA dan awal mula diakuinya penuntutan secara perdata atas kasus pelanggaran HAM yang melibatkan MNCs di bawah rezim ATCA, pada bagian ini akan didiskusikan aspek-aspek penting untuk dibuktikan oleh penggugat untuk mengamankan maupun memenangkan klaimnya. Secara umum klaim dalam rezim ATCA haruslah: (1) diajukan oleh orang asing (*aliens*); (2) atas perbuatan melawan hukum (*tort*); (3) yang melanggar kaidah atau hukum internasional. Unsur pelanggaran terhadap hukum internasional merupakan unsur krusial yang seringkali menyebabkan ditolaknya suatu perkara.[36]

Unsur "hukum internasional yang dilanggar" dalam ATCA telah ditentukan haruslah berupa hukum internasional yang bersifat mengikat (*legally binding*). Dalam hal ini terdapat dua kualifikasi yang ditentukan sebagaimana diatur dalam Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional, yakni konvensi atau perjanjian internasional yang telah disepakati oleh Amerika Serikat (*treaties or conventions*), dan hukum kebiasaan internasional(*customary laws*).[37] Dalam kaitannya

35 Adam Pearse, *Loc.Cit.*

36 Lihat kasus *Beanal v. Freeport-McMoRan, Inc.,* 197 F.3d 161, 167(5th Cir. 1999).

37 Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional (*the Statute of International Court of Justice*)

dengan HAM, terdapat beberapa perjanjian multilateral yang mengikat Amerika Serikat secara hukum karena telah diratifikasi. Konvensi tersebut adalah: *Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, International Covenant on Civil and Political Rights, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict,* dan *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children child prostitution and child pornography*. Selain beberapa konvensi tersebut, beberapa konvensi yang telah ditandatangani oleh Amerika Serikat adalah *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Convention on the Rights of the Child,* dan *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Meskipun tidak mengikat secara hukum, tindakan Amerika Serikat dalam penandatanganan konvensi tersebut dapat dijadikan sebagai bukti atas *opinio iuris,* yakni keinginan atau *good will* suatu negara untuk tunduk atau terikat dalam suatu aturan internasional.

Selain konvensi internasional, tuntutan atas pelanggaran HAM di bawah rezim ATCA juga dapat didasarkan atas hukum kebiasaan internasional. Dalam hal ini perlu untuk dijabarkan status hukum dari suatu norma atau kaidah hukum yang dianggap sebagai suatu kebiasaan internasional. Hal ini dapat dilakukan dengan melihat unsur *state practice* (praktik kenegaraan) dan *opinio iuris,*[38] kecuali untuk norma yang bersifat fundamental atau yang biasa disebut dengan *jus cogens.*[39] *State practice* merupakan unsur obyektif yang pembuktiannya dapat dilakukan dengan melihat praktik kenegaraan negara-negara. Meskipun mempunyai karakter

---

[38] Sebagaimana dijelaskan dalam *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* tahun 1987, paragraf 102(2). Lihat juga *Kadic v. Karadzic,* 70 F.3d 232, 239 (2d Cir. 1995); *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876,884 (2d Cir. 1980); *Forti v. Suarez-Mason,* 694 F. Supp. 707,709 (N.D. Cal. 1988); *Forti v. Suarez-Mason,* 672 F. Supp. 1531, 1540-41 (N.D. Cal. 1987); dan *Siderman de Blake v. Republic of Argentina,* 965 F.2d 699, 714 (9th Cir. 1992).

[39] *Jus cogens* adalah hokum yang bersifat fundamental dan tidak dapat disimpangi. Untuk penjelasan lebih lanjut dapat dilihat di https://www.law.cornell.edu/wex/jus_cogens, diunduh 19 Februari 2017.

obyektif, mendefinisikan *state practice* tidaklah mudah mengingat dalam putusannya, Mahkamah Internasional (*International Court of Justice* yang selanjutnya disebut dengan ICJ) senantiasa melihat *state practice* dengan berbagai macam pendekatan. Dalam kasus *North Sea Continental Shelf Case*,[40] ICJ berpendapat bahwa aturan atau kaidah hukum dari suatu perjanjian internasional (*a multilateral treaty*) dapat dikatakan sebagai hukum kebiasaan internasional jika diimplementasikan secara konsekuen oleh para negara anggota perjanjian dan diimplementasikan pula oleh negara yang bukan merupakan anggota (*non state practice*). Implementasi oleh negara non-anggota dapat dilihat dari kebijakan maupun hukum nasional yang diadopsi oleh negara tersebut. Namun, dalam kasus Pulp Mills di Sungai Uruguay, ICJ mengakui kewajiban untuk melakukan studi terhadap analisis dampak lingkungan (*environmental impact assessment*) sebagai hukum kebiasaan internasional meskipun tidak diatur secara khusus dalam suatu perjanjian multilateral yang disahkan oleh PBB.[41] Terkait dengan *opinio iuris,* hal ini merupakan unsur yang bersifat subyektif, yakni keyakinan suatu Negara untuk terikat dalam suatu kaidah internasional.[42] Sebagai contoh suatu Negara yang menentang terbentuknya suatu norma dalam perundingan internasional, maka negara tersebut dapat dikatakan tidak menundukkan diri atau tidak terikat dengan norma tersebut apabila akhirnya disepakati untuk disahkan oleh negara-negara lainnya.

---

40 *North Sea Continental Shelf*, ICJ Reports 3 (1969). Lihat juga Alan Boyle dan Christine Chinkin, *The Making of International Law,* Oxford: Oxford University Press, 2007, h. 234. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, edisi ketujuh, Oxford: Oxford University Press, 2008 h. 6-10; dan Martin Dixon, *Textbook on International Law,* edisi ketujuh, Oxford: Oxford University Press, 2007, h. 32-41.

41 *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 56, 2010, paragraf 101. Lihat juga Prischa Listiningrum, "Transboundary Civil Litigation for the Victims of Southeast Asian Haze Pollution: The Implementation of Access to Justice and the Non-Discrimination Principle", dissertation of master of Law (LLM) in the University of Edinburgh, the United Kingdom, 2016 (belum dipublikasikan).

42 Malcolm N. Shaw, *International Law*, edisi ketujuh, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, h. 60-62.

Atas dasar rumitnya pengajuan klaim atas pelanggaran hukum kebiasaan internasional, maka pengajuan klaim pelanggaran HAMatas aturan yang telah berkekuatan hukum tetap misalnya seperti perbudakan, pembunuhan, pemerkosaan, diskriminasi, penghilangan secara paksa, hak untuk berpendapat dan berkumpulakan lebih mudah diajukan daripada klaim atas pelanggaran HAM yang status hukumnya masih bersifat abu-abu (*grey area*) atau tidak jelas, misalnya seperti pelanggaran atas hak atas lingkungan yang bersih dan sehat (*the right to a clean and healthy environment)*.[43] Selain itu, pengadilan-pengadilan di Amerika juga membatasi ruang lingkup gugatan pelanggaran HAM terbatas pada pelanggaran atas hak sipil dan politik yang telah diakui secara universal dan sedikit membatasi diri untuk menerima klaim atas pelanggaran hak ekonomi, sosial dan kebudayaan.[44]

Kesimpulan dan Saran

Pengajuan *extraterritorial litigation* di bawah rezim ATCA cukup kontroversial. Beberapa ahli hukum memandang ATCA merupakan suatu bentuk imperialisme hukum (*legal imperialism*) karena undangundang ini memberikan yurisdiksi atau kewenangan kepada pengadilan di Amerika Serikat untuk mengadili perkara perbuatan melawan hukum (*tort*) yang dilakukan di luar Amerika Serikat.[45] Pengakuan atas gugatan terhadap korporasi atau MNCs

[43] Contohnya seperti dalam kasus *Beanal v. Freeport-McMoRan, Inc.,* 197 F.3d 161, 167 (5th Cir. 1999). Untuk kajian lebih dalam mengenai hak atas lingkungan yang bersih atau sehat dapat dilihat pada Ben Boer dan Alan Boyle, "Human Rights and the Environment", *SSRN Scholarly Paper*, 2014, http://papers.ssrn.com/abstract=2393753, diunduh 19 Februari 2017; John Knox, "Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. Preliminary report", *UNGA*, A/HRC/22/43 (24 December 2012); dan John Knox, "Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. Mapping report", *UNGA*, A/HRC/25/53 (3 February 2015).

[44] Ronen Shamir, *Loc.Cit,* h. 642.

[45] *Ibid.,* h. 643.

di bawah rezim ini juga menuai pro dan kontra. Dalam kasus *Doe v. Unocal* pengadilan memperbolehkan gugatan atas MNCs, namun dalam kasus *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Corporation* pengadilan memutus sebaliknya. Perdebatan ini kemudian dijawab oleh putusan kasus selanjutnya, yakni *John Doe VIII v. Exxon Mobil Corporation* di tahun 2011 yang mengembalikan pengakuan atas pertanggungjawab korporasi di bawah rezim ATCA.

Secara umum klaim dalam rezim ATCA haruslah: (1) diajukan oleh orang asing (*aliens*); (2) atas perbuatan melawan hukum (*tort*); (3) yang melanggar kaidah atau hukum internasional. Unsur melanggar kaidah hukum internasional harus ditafsirkan dan dibuktikan secara cermat. Dalam kaitannya dengan pelanggaran HAM, Amerika Serikat telah meratifikasi beberapa konvensi HAM internasional yang tentunya mempunyai akibat hukum jika dilanggar. Konvensi-konevensi tersebut dapat digunakan sebagai dasar penuntutan atas pelanggaran HAM oleh MNCs. Selain itu juga dapat diajukan tuntutan atas dasar hukum kebiasaan internasional yang pembuktiannya tidaklah mudah karena tidak semua norma atau kaidah HAM yang telah berkekuatan hukum tetap, terutama yang termasuk dalam *jus cogens*.

Extraterritorial litigation di bawah rezim ATCA dapat dijadikan sebagai solusi alternatif bagi para pencari keadilan, terutama bagi mereka yang tidak mendapatkan kompensasi yang patut atas pelanggaran HAM yang dialaminya. *Extraterritorial litigation* di bawah rezim ATCA juga dapat dijadikan sebagai efek jera bagi sejumlah MNCs yang kerap melakukan pelanggaran HAM dalam aktivitas bisnisnya. Sayangnya ATCA hanya dapat menjerat MNCs yang berdomisili di Amerika Serikat saja dan tidak berlaku secara universal. Sehingga patut diakui bahwa ATCA bukanlah merupakan solusi utama atas penegakan HAM di *host countries*.

Daftar Bacaan

Abebe-Jira v. Negewo, 72 F 3d 844 (11th Cir 1995).

Adam Pearse, "John Doe VIII v. Exxon Mobil Corp.: The D.C. Circuit Affirms Corporate Liability Under the Alien Tort Statute", *Tulane Environmental Law Journal,* Vol. 25 (1), Winter 2011.

Alan Boyle dan Christine Chinkin, *The Making of International Law,* Oxford: Oxford University Press, 2007.

Alien Tort Claims Act (ATCA), 28 U.S.C. § 1350.

Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook,* Edisi kedua, Belanda: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Beanal v. Freeport-McMoRan, Inc., 197 F.3d 161, 167 (5th Cir. 1999).

Ben Boer dan Alan Boyle, "Human Rights and the Environment", *SSRN Scholarly Paper*, 2014, http://papers.ssrn.com/abstract=2393753, diunduh 19 Februari 2017.

Christian Courtis, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability,* Jenewa: International Commissions of Jurists, 2008.

Cornell Law School, "*Jus cogens",* https://www.law.cornell.edu/wex/jus_cogens, diunduh 19 Februari 2017.

Craig Forcese, "ATCA's Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act", *the Yale Journal of International Law,* 26, 2001.

Doe v Unocal Corporation,963 F.Supp. 880 (C.D. Cal. 1997).

Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 Agustus 2003).

Elisa Morgera, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

Filartiga v. PenaIrala, 630 F.2d 876, 878 (2d Cir. 1980).

Forti v. SuarezMason, 672 F. Supp. 1531, 1540-41 (N.D. Cal. 1987).

----------, 694 F. Supp. 707,709 (N.D. Cal. 1988).

Francesco Francioni, *Access to Justice as a Human Right,* Oxford: Oxford University Press, 2007.

Human Rights Council, "Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises", A/HRC/4/35/Add.2, 15 Februari 2007.

http://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/ldc/ldc_list.pdf.

http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2012country_class.pdf

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, edisi ketujuh, Oxford: Oxford University Press, 2008.

International Chamber of Commerce and International Organization of Employers, "Joint views of the IOE and ICC on the draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights", <http://www.business- humanrights.org/Links/Repository/179848/link_page_view>, diunduh 12 Februari 2017.

International Labour Organisation, *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, revised Nov. 2000**,** 83 ILO Official Bull., Series A, No. 3 (2000).

Joan Fitzpatrick, "The Future of the Alien Tort Claims Act of 1789: Lessons From In Re Marcos Human Rights Litigation", *St. John's Law Review,* Volume 67, 1993.

John Gerard Ruggie, "Business and Human Rights: The Evolving International Agenda", Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 31, Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2007.

John Knox, "Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. Prelimi-nary report", *UNGA*, A/HRC/22/43 (24 December 2012).

John Knox, "Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. Mapping report", *UNGA*, A/HRC/25/53 (3 February 2015).

Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232, 239 (2d Cir. 1995).

Karl P. Sauvant, "The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations", *the Journal of World Investment & Trade,* 16, 2015.

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 621 F.3d 111, 120 (2d Cir. 2010).

Konvensi Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (*International Covenenat on Economic, Social and Cultural Rights*).

Konvensi Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*).

Malcolm N. Shaw, *International Law*, edisi ketujuh, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Martin Dixon, *Textbook on International Law,* edisi ketujuh, Oxford: Oxford University Press, 2007.

Morten Ougaards dan Anna Leander, *Business and Global Governance*, London: Routledge Taylor & Francis Group, 2010.

North Sea Continental Shelf, ICJ Reports 3 (1969).

Prischa Listiningrum, "Transboundary Civil Litigation for the Victims of Southeast Asian Haze Pollution: The Implementation of Access to Justice and the Non-Discrimina-tion Principle", dissertation of master of Law (LLM) in the University of Edinburgh, the United Kingdom, 2016 (belum dipublikasikan).

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), ICJ Reports 56, 2010.

Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie (Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework), A/HRC/17/31, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf> diunduh pada 13 Februari 2017.

Restatement (Third) of Foreign Relations Law tahun 1987.

Richard L. Herz, "Litigating Environmental Abuses Under the Alien Tort Claims Act: A Practical Assessment", *Virginia Journal of International Law,* 40, 1999-2000.

Ronen Shamir, "Between Self-Regulation and the Alien Tort Caims Act: On the Contested Concept of Corporate Social

Responsibility", *Law & Society Review*, Volume 38, Number 4, 2004.

Seymour J. Rubin, "Transnational Corporations and International Codes of Conduct: A Study of the Relationship Between International Legal Cooperation and Economic Development", *the American University Law Review*, Vol. 30, 903, 1981.

Siderman de Blake v. Republic of Argentina, 965 F.2d 699, 714 (9th Cir. 1992).

Statuta Mahkamah Internasional (*the Statute of International Court of Justice*)

The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Text, Commentary and Clarifications, revised Oct. 31, 2001, OECD Doc. DAFFE/IME/WPG(2000)15/FINAL.

U.N. Human Rights Commission Resolution 2005/69, U.N. Doc. E/CN.4/2005/ L.87 (15 April 2005).

UN Sub-Commission on Promotion and Protection of Human Rights, U.N. Doc.

United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR),"General Comment No 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)",E/1991/23, paragraf 9, <http://www.refworld.org /docid/4538838e10.html>, diunduh 15 Februari 2017.

United States v The Paquete Haban, 175 U.S. 677 (1900).

Vienna Convention on the Law of Treaties.

Xuncax v. Gramajo, 886 F supp 162 (DMass 1995).

BAB IV
HAK ASASI MANUSIA DAN KELOMPOK RENTAN

Diskursus Universalisme vs. Relativisme Hak Asasi Manusia dan Dampaknya terhadap Kelompok Rentan di Indonesia

Al Khanif dan Kukuh Budi Mulya

Pendahuluan

Tulisan ini merupakan pengembangan dari makalah yang kami presentasikan di acara *Focus Group Discussion* (FGD) terkait perlindungan kelompok rentan yang diadakan oleh Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Surabaya bekerja sama dengan *The Centre for Human Rights, Multiculturalism and Migration* (CHRM2) Universitas Jember pada bulan September 2017. Diskusi yang juga dihadiri oleh Organisasi Bantuan Hukum (OBH) se-Kabupaten Jember tersebut merupakansalah satu upaya yang dilakukan para pegiat hak asasi manusia (HAM) untuk lebih aktif mendampingi kasus-kasus pelanggaran hak kelompok rentan. Hal ini disebabkan belum banyak pegiat HAM daerah yang fokus melakukan pendampingan terhadap pelanggaran hak kelompok rentan. Selain karena faktor kompleksitas kasus yang dihadapi, mereka juga seringmenghadapi resistensi dari masyarakat yang tak jarang berdampak padastigma negatifterhadap lembaga-lembaga yang mengadakan advokasi terhadap pemenuhan hak kelompok rentan tersebut.

Terminologi "rentan" mempunyai dimensi yang sangat luas mengingat ada banyak aspek yang terkait dengannya, tidak terbatas pada karakteristik fisik manusia melainkan juga melibatkan dimensi eksternal manusia seperti kondisi sosial, politik, ekonomi, dan hukum sehingga diperlukan kebijakan afirmatif untuk melindungi

kelompok-kelompok rentan tersebut.[1] Komite Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (EKOSOB) mengatakan ada 12 kelompok yang rentan terhadap pelanggaran HAM dan harus mendapatkan perlindungan khusus; yaitu perempuan, anak-anak, pengungsi, orang-orang yang terusir, orang-orang tanpa kewarganegaraan, minoritas, masyarakat pedalaman (*indigenous*), pekerja migran, kelompok difabel, penderita HIV/AIDS, orang lanjut usia, dan LGBT.[2] Pada saat penyusunan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) tahun 1948, sebagian besar dari kelompok rentan tersebut; seperti minoritas, perempuan, anak-anak, dan pengungsi, tidak diatur dalam norma-norma khusus dan oleh karena itu mekanisme perlindungan dan pemenuhan hak-hak mereka di berbagai negara hanya berdasarkan mekanisme DUHAM yang kurang kuat. Padahal perang yang melanda Eropa, Asia dan Afrika pada waktu itu mengorbankan begitu banyak perempuan, anak-anak dan minoritas.

Hampir semua kelompok rentan tersebut ada di Indonesia dan oleh karena itu penulis merasa berkepentingan untuk mengangkat isu perlindungan kelompok rentan mengingat hingga sekarang hak-hak dasar mereka sering kali dilupakan atau bahkan dilanggar oleh pemerintah.[3] Di Indonesia, perlindungan terhadap anak-anak, perempuan, dan penyandang difabel sebagai kelompok rentan memang sudah ada dan bahkan Indonesia juga sudah meratifikasi Konvensi Hak Anak, Konvensi Penghilangan Diskriminasi terhadap Perempuan, dan Konvensi Hak Penyandang Difabel. Pengakuan negara terhadap hak-hak dasar dari kelompok-

---

1 Perihan Elif Ekmekci, 'Do We Have a Moral Responsibility to Compensate for Vulnerable Groups? A Discussion on the Right to Health for LGBT People' (2017) 20 Medicine, Health Care and Philosophy 335, 335.

2 'The Human Rights Protection of Vulnerable Groups' (*Icelandic Human Rights Centre*) <http://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-and-fora/the-human-rights-protection-of-vulnerable-groups/> accessed 13 September 2017.

3 Lihat misalnya penahanan Ayu Puji Astuti dan suaminya di 'Pernikahan Sesama Jenis Di Jember Akan Dibatalkan, Ini Alasannya' (*Tempo*, 1 February 2017) <https://nasional.tempo.co/read/1027638/pernikahan-sesama-jenis-di-jember-akan-dibatalkan-ini-alasannya> accessed 29 October 2017.

kelompok tersebut layak untuk diapresiasi meskipun pengakuan negara terhadap kelompok rentan lain seperti LGBT, penderita HIV/AIDS, minoritas agama masih sangat jauh dari ideal. Bahkan masih banyak aturan hukum yang dibuat oleh negara telah dijadikan justifikasi oleh negara dan kelompok mayoritas untuk mendiskriminasi mereka.[4]

Diskursus perlindungan kelompok rentan di Indonesia menjadi semakin penting mengingat hingga saat ini dikotomi universalisme vs. relativisme HAM masih memengaruhi kebijakan pemerintah terkait pemenuhan HAM termasuk perlindungan kelompok rentan. Dikotomi HAM sebagai produk budaya Barat yang liberal, individualistik dan sekuler vs. nilai-nilai budaya komunal dan moralitas berbasis agama yang tumbuh dan dianut oleh masyarakat Indonesia masih nyaring terdengar di ruang-ruang publik. Bahkan pemerintah seakan melakukan pembiaran dikotomi universalisme vs. relativisme tersebut dimanipulasi oleh sebagian kelompok mayoritas untuk menekan bahkan menyerang kelompok-kelompok rentan seperti minoritas agama, LGBT maupun penderita HIV/AIDS.[5] Dengan alasan moralitas dan agama, sebagian masyarakat juga memanfaatkan dikotomi tersebut untuk mempraktikkan tradisi-tradisi yang mendiskriminasi perempuan dan mengekang hak-hak dasar anak.

Berdasarkan beberapa kasus tersebut, penulis menganggap diskursus universalisme vs. relativisme HAM dan pengaruhnya terhadap perlindungan kelompok rentan di Indonesia harus sering dibahas oleh akademisi dan pegiat HAM sehingga masyarakat mendapatkan gambaran dan pengetahuan terkait kompleksitas eksistensi dan pemenuhan hak dari kelompok rentan di Indonesia.Untuk membahas persoalan tersebut, tulisan ini akan diawali dengan sejarah perdebatan universalisme vs. relativisme

---

4 Lihat misalnya ancaman pembatalan pernikahan dan pemidanaan kasus perkawinan Ayu Puji Astuti di Jember, *ibid.*

5 Lihat misalnya kasus penyerangan Ahmadiyah dan Kristen Minoritas di Jawa Barat di Karishma Vaswani, 'The Struggle of Religious Minorities in Indonesia' *BBC News* (17 April 2013) <http://www.bbc.com/news/world-asia-22165159> accessed 15 September 2017.

HAM. Setelah itu, euforia reformasi di negara-negara Muslim mayoritas dan semangat mereka untuk mengembangkan HAM dalam produk legislasi mereka akan dibahas untuk memberikan gambaran terkait perdebatan antara relativisme, Islam dan HAM. Selanjutnya tulisan akan membahas perlindungan kelompok rentan di Indonesia dalam konteks diskursus universalisme vs. relativisme HAM. Bagian akhir akan menyajikan kesimpulan dan rekomendasi terkait pembahasan.

Perdebatan Universalisme vs. Relativisme

Sebelum membahas perdebatan universalisme vs. relativisme dalam konteks HAM, tulisan ini akan menjelaskan secara singkat karakteristik universalisme dan relativisme untuk menggambarkan perbedaan mendasar dari keduanya. Hingga saat ini sudah banyak analisis dari para pegiat dan akademisi yang membahas dikotomi dua terminologi tersebut dan oleh karena itu tulisan ini akan membahas beberapa pendapat yang telah ada. Salah satunya adalah pendapat Elizabeth Reichert yang mengatakan pada prinsipnya perbedaan universalisme dan relativisme itu terletak pada pengakuan HAM. Prinsip universalisme menyatakan bahwa semua manusia berhak untuk mendapatkan hak dan kebebasan yang sama dimanapun mereka berada sedangkan prinsip relativisme menyatakan hak dan kebebasan manusia dibatasi oleh norma dan nilai yang berlaku dimana manusia tersebut hidup.[6]

Meskipun hingga saat ini relativisme seringkali berkembang di Asia, Afrika dan negara-negara Muslim, konsep relativisme HAM, khususnya yang menyangkut hak-hak kelompok rentan juga muncul di negara-negara Barat sebagai pencetus *blue print* universalisme HAM. Misalnya, pendapat pemimpin Uni Eropa tidak seragam terkait pengakuan hak-hak dasar para pengungsi dan "cenderung" membiarkan kelompok garis keras untuk melakukan kekerasan terhadap pengungsi yang menyebar di kawasan Uni

6 Elisabeth Reichert, 'Human Rights: An Examination of Universalism and Cultural Relativism' (2006) 22 Journal of Comparative Social Welfare 23, 24.

Eropa.[7] Semakin menyebarnya gerakan anti imigran yang digagas oleh kelompok-kelompok ultra nasionalis di beberapa kawasan Uni Eropa menjadi anti-tesis dari dunia Barat yang selama ini dikenal sebagai *blue print* anti rasialisme. Penolakan dari masyarakat tersebut mengindikasikan bahwa konsep universalisme masih mendapatkan resistensi dari berbagai elemen masyarakat dimana mereka berusaha untuk membatasi hak dan kebebasan dari suatu kelompok tertentu.

Adanya batasan hak dan kebebasan manusia yang ditentukan oleh norma dan nilai yang berkembang di masyarakat tersebut menegaskan bahwa budaya, tradisi, hukum lokal maupun dimensi-dimensi sosial lainnya masih menjadi elemen penting dalam pemenuhan HAM. Apalagi jika dimensi-dimensi sosial tersebut diakui oleh negara sehingga tindakan masyarakat yang menjadikannya sebagai filter hak dan kebebasan mendapatkan pembenar secara hukum. Dalam konteks relativisme tersebut, setiap negara mengklaim punya otoritas untuk menentukan batasan-batasan terhadap penghormatan, pengakuan dan pemenuhan hak dan kebebasan manusia.

Jika melihat perbedaan mendasar tersebut, diskursus universalisme vs. relativisme HAM merupakan permasalahan panjang dalam sejarah HAM karena perdebatan tersebut telah berlangsung sejak ditandatanginya DUHAM atau sekitar 60 tahun yang lalu. Perdebatan tidak saja menyangkut tentang hak untuk hidup, hak beragama dan persamaan hak antara kelompok mayoritas dan minoritas melainkan juga menyangkut dimensiHAM secara keseluruhan. Perdebatan panjang tentang universalisme dan relativisme HAM tersebut telah membelah negara-negara Barat yang mendukung universalisme HAM dengan negara-negara yang mengedepankan relativisme budaya. Selain karena budaya yang

---

7 Lihat misalnya kasus penyerangan yang dilakukan oleh beberapa kelompok garis keras di Jerman dan Hungaria terhadap pengungsi di Benjamin Ward, 'Divided We Fall: Intolerance in Europe Puts Rights at Risk' *Human Rights Watch* (14 February 2013) <https://www.hrw.org/news/2013/02/14/divided-we-fall-intolerance-europe-puts-rights-risk> accessed 6 November 2017.

berbeda, dikotomi universalisme vs. relativisme tersebut juga memunculkan friksibaru. Pendukung relativisme mengatakan konsep universalisme merupakan bentuk imperialisme baru pasca kolonialisme sedangkan pendukung universalisme menganggap peradaban pendukung relativisme sebagai bentuk barbarisme yang tidak menghormati hak dan kebebasan dasar manusia.

Meskipun pada dasarnya dikotomi universalisme vs. relativisme membelah dua peradaban, Barat dan non Barat, namun perdebatan tersebut juga terjadi diantara negara-negara non Barat dimana perdebatan tersebut telah terjadi sejak awal mula ditetapkannya instrumen HAM internasional. Perdebatan misalnya terjadi diantara negara-negara Muslim terkait norma "hak berpindah agama" yang diatur dalam Pasal 18 DUHAM karena Saudi Arabia menganggap norma tersebut sama halnya mengingkari inti dari keyakinan dalam Islam meskipun Pakistan dan Lebanon pada waktu itu justru menerima norma-norma.[8] Hingga kini pasal 18 dan pengaturan hak-hak beragama yang juga diatur dalam berbagai instrumen HAM internasional lainnya ditafsirkan secara beragam oleh berbagai negara-negara Muslim mayoritas.

Perdebatan terkait universalisme vs. relativisme juga melibatkan para pakar hukum, politik, filsafat dan pendukung HAM di berbagai negara yang seringkali pendapat mereka dijadikan justifikasi oleh negara untuk mengeluarkan kebijakan yang diklaim oleh negara telah berbasis HAM. Meskipun implementasi dari kebijakan tersebut justru mengorbankan atau mendiskriminasi suatu kelompok tertentu. Tentu kebijakan negara tersebut seringkali berbasis aturan hukum atau hukum yang dibuat oleh negara dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang sah. Namun seperti yang dikatakan Joseph Raz, kebijakan berbasis hukum tidak selalu berdimensi HAM, mengedepankan keadilan atau mengandung norma-norma yang demokratis melainkan bisa mengandung unsur perbudakan maupun bersifat norma diskriminatif dan tentunya implementasi dari peraturan atau

8 Al Khanif, *Hukum dan kebebasan beragama di Indonesia* (LaksBang Mediatama 2010) 11.

kebijakan tersebut tidak harus bertentangan dengan aturan hukum karena sudah diundangkan.[9] Praktik kebijakan ataupun norma hukum yang berdimensi diskriminatif seperti yang dikatakan Raz tersebut ternyata masih ada di berbagai negara termasuk Indonesia dan seringkali mengorbankan individu atau kelompok yang lemah secara politik, sosial, budaya dan hukum.[10]

Banyaknya pelanggaran terhadap kelompok-kelompok rentan dan masih adanya dikotomi universalisme vs. relativisme dalam pemenuhan HAM tersebut menyebabkan hingga saat ini pengakuan suatu negara terhadap norma-norma HAM yang ada di instrumen internasional belum mampu melindungi kelompok-kelompok atau individu rentan di negara tersebut. Padahal harus diingat bahwa penandatanganan instrumen HAM internasional oleh suatu negara merupakan konsensus internasional untuk menyatukan moralitas dari norma-norma hukum yang berkembang di berbagai negara,[11] dimana salah satunya adalah untuk melindungi semua manusia. Artinya, subjek dari HAM adalah manusia dan semua hal yang melekat padanya harus bisa dinikmati oleh setiap individu. Oleh karena itu, norma-norma yang terkandung dalam instrumen HAM merupakan norma yang saling berkaitan dan pelanggaran terhadap sebuah norma dalam instrumen tersebut akan berdampak pada norma HAM lainnya.[12]

Faktor budaya, pengaruh agama, perspektif dan sistem hukum yang berbeda-beda di berbagai negara selama ini telah membelah negara-negara dan seringkali perdebatan ini mengorbankan

---

9 Evan Fox-Decent, 'Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?' (2008) 27 Law and Philosophy 533, 533.

10 Studi yang dilakukan oleh Bank Dunia misalnya menunjukan masih ada sekitar 115 negara di seluruh dunia yang masih mendiskriminasi perempuan meskipun sudah ada sekitar 103 negara pihak yang telah meratifikasi Konvensi Anti Diskriminasi terhadap Perempuan. Lihat laporan selengkapnya diArancha González, 'In 155 Countries Women Still Face Legal Discrimination. The Consequences Are Huge' *The Guardian* (3 December 2015) <http://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/dec/03/women-legal-discrimination-worldwide-consequences> accessed 27 October 2017.

11 Khanif (n 8) 2.

12 Lihat definisi dan penjelasan mengenai hak asasi manusia di Khanif (n 8).

kelompok atau individu yang tidak mempunyai akses politik dan hukum yang kuat sehingga posisi mereka menjadi rentan terhadap pelanggaran HAM. Perbedaan tersebut sangat berasalan karena pelaksanaan dari HAM di seluruh dunia selalu bersinggungan dengan budaya, tradisi, agama, hukum nasional dan praktik-praktik lokal lainnya sebagai sumber hukum di negara-negara. Misalnya, selama ini banyak yang skeptis Islam dapat berdampingan dengan HAM karena banyak praktik negara-negara Muslim yang bertentangan dengan norma-norma HAM. Para pendukung universalisme menganggap mayoritas negara Muslim mempraktikkan tradisi barbarisme dan mendesak negara-negara tersebut mengikuti perspektif universalisme HAM Barat yang rasional dan manusiawi.[13] Bahkan pemilihan Saudi Arabia sebagai ketua Komisi HAM PBB bidang Perempuan menuai banyak protes dari berbagai negara dan pegiat HAM.

Salah satu perbedaan mendasar lainnya dari perdebatan universalisme vs. relativisme HAM ini adalah terletak pada apakah implementasi HAM harus mengadopsi sumber-sumber hukum lokal atau tetap bersikeras menegakan universalisme. Menurut penganut relativisme, sebuah hukum tidak akan berlaku efektif ketika masyarakat menentangnya karena tidak sesuai dengan norma-norma dan tradisi yang ada. Begitu juga yang terjadi dengan HAM yang ditetapkan berdasarkan konsensus internasional negara-negara. Jika tidak mengakui relativisme budaya dan nilai-nilai yang berkembang di negara-negara, instrumen internasional justru bisa menjadi *'impotent*.' Salah satu sebabnya adalah karena instrumen internasional tidak mampu mengintervensi sebuah pelanggaran HAM yang dilakukan oleh sebuah negara karena adanya aturan dalam hukum internasional yang melarang intervensi asing terhadap kedaulatan sebuah negara. Kecuali pelanggaran HAM yang dilakukan oleh suatu negara tersebut bersifat pelanggaran HAM berat seperti genosida, kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan agresi militer.

---

[13] Ikechi Mgbeoji, 'The Civilised Self and the Barbaric Other: Imperial Delusions of Order and the Challenges of Human Security' (2006) 27 Third World Quarterly 855, 857.

Sedangkan penganut universalisme cenderung menerapkan teori positivisme dimana sebuah hukum diperlukan untuk mengatur kehidupan sosial masyarakat. Paham ini berusaha menihilkan realitas sosial didalam masyarakat karena tujuan hukum memang diperlukan untuk memperbaiki kondisi sosial masyarakat tersebut. Perspektif ini tentu memerlukan sebuah infrastruktur hukum yang sangat kuat dan saling terkait. Misalnya, petugas hukum dan produk perundang-undanganya harus benar-benar netral dari *conflict of interest* agar tidak ada pihak yang dirugikan. Lalu, apa benar HAM benar-benar telah memenuhi asas keadilan universal dan layak untuk diberlakukan di semua negara? Untuk menjawabnya tentu kita harus tetap mengacu kepada manusia sebagai subjek. Ketika aturan, kebijakan dan tradisi tersebut menjadi penyebab berkurangnya martabat manusia, maka saat itulah ada pelanggaran HAM tanpa harus melihat alasan dibalik terjadinya pelanggaran tersebut.

Norma HAM dalam Euforia Reformasi Negara

Indonesia, Malaysia dan banyak negara Muslim lainnya sering dikategorikan kedalam kelompok yang mendukung relativisme budaya. Meskipun hingga sekarang kasus-kasus pelanggaran HAM di Indonesia tidak sebanyak yang terjadi di negara-negara Muslim lainnya, dikotomi universalisme vs. relativisme masih sangat kuat mempengaruhi perspektif masyarakat dan pemerintah. Oleh karena itu sampai sekarang masih banyak kasus pelanggaran HAM di era Reformasi meskipun sebenarnya Indonesia telah meratifikasi berbagai instrumen HAM internasional dan mengamandemen hukum nasional untuk memajukan HAM di Indonesia.

Masih adanya kasus-kasus terkait HAM tersebut menunjukan bahwa perdebatan mengenai universalisme dan relativisme HAM merupakan bagian yang tak terelakkan dari sejarah panjang berdirinya Indonesia sebagai sebuah bangsa. Selain faktor budaya, peran agama di ruang-ruang publik dan model kebijakan negara yang sering kali ditujukan untuk melindungi kepentingan mayoritas sangat berpengaruh terhadap perdebatan dan implementasi dari

norma-norma HAM. Perdebatan yang terjadi sebagai dampak dari dikotomi universalisme vs. Relativisme HAM di Indonesia sering kali dipicu adanya kebijakan negara yang berlawanan dengan prinsip universalisme HAM dan mengorbankan hak-hak individu untuk melindungi kepentingan mayoritas.

Pasca reformasi tahun 1998, Indonesia mengalami transisi demokrasi yang tidak stabil. Runtuhnya Orde Baru di satu sisi memang membuka kran kebebasan namun disisi lain juga berdampak pada instabilitas hukum karena berbagai faktor seperti konflik sosial, instabilitas ekonomi dan politik serta pembagian kekuasaan antara legislatif dan eksekutif yang tidak seimbang. Semangat Reformasi juga dapat dilihat dari euforia para pemangku kebijakan untuk berusaha menunjukkan kepada dunia bahwa Indonesia di bawah Rejim Reformasi telah melakukan lompatan besar dengan melakukan perubahan radikal di bidang hukum khususnya terkait dengan pengakuan HAM. Misalnya, hanya dalam waktu empat tahun pasca runtuhnya Orde Baru, Parlemen berhasil mengamendemen konstitusi dan menambahkan norma-norma HAM di konstitusi juga hukum nasional lainnya. Tidak berlebihan kiranya jika dikatakan semangat reformasi telah mengakibatkan "ledakan perundang-undangan" yang hingga kini masih terus berlangsung.

Memasukkan norma-norma HAM dalam Konstitusi dan sistem hukum nasional ternyata juga umum dilakukan oleh negara-negara lain yang baru terbebas dari rejim otoriter. Pada umumnya mereka berusaha untuk mengakui dan melindungi kelompok-kelompok yang sebelumnya rentan menjadi korban kediktatoran penguasa seperti kelompok perempuan, minoritas, dan anak-anak. Afghanistan misalnya, pasca jatuhnya Rejim Taliban, parlemen menyetujui masuknya norma-norma HAM khususnya pengakuan terhadap hak-hak perempuan untuk mendapatkan pendidikan yang sebelumnya tidak pernah didapatkan di era Taliban.[14]Tentu pengakuan hak-hak perempuan di konstitusi tersebut menjadi lompatan besar Afghanistan mengingat sebagai negara yang menerapkan Syariah dengan populasi Muslim mayoritas,

[14] Lihat pasal 44 Konstitusi Afghanistan.

perempuan menjadi kelompok rentan yang rawan menjadi korban.Di Era Hamid Karzai, Konstitusi Afghanistan memuat norma HAM yang bersifat protektif karena secara eksplisit melindungi dan mendorong penguatan perempuan di bidang pendidikan.[15] Padahal hingga sekarang masih banyak negara Muslim yang masih memberlakukan hukum yang diskriminatif terhadap kelompok rentan dan individu lainnya.

Keberhasilan Afghanistan "memadukan" Syariah dengan HAM menunjukkan bahwa Islam pada dasarnya tidak harus dipertentangkan dengan HAM seperti yang selama ini disuarakan oleh penganjur relativisme HAM seperti Abdul A'la Al Maududi[16] dan Sayyid Qutb[17] yang mempunyai pengaruh besar dalam diskursus universalisme vs. relativisme di dunia Islam. Hizbut Thahrirmisalnya, dalam salah satu pamfletnya yang disebarkan di komunitas Muslim Inggris menegaskan bahwa tidak ada HAM yang universal melainkan Muslim harus memahami HAM dalam konteks ajaran Islam.[18] Di beberapa negara Muslim mayoritas,[19]

---

15 Niaz A. Shah membedakan tiga jenis peraturan terkait hak-hak kelompok rentan (perempuan) yaitu peraturan yang netral, protektif dan diskriminatif terhadap hak-hak kelompok rentan Lihat selengkapnya di Niaz A Shah, 'The Constitution of Afghanistan and Women's Rights' (2005) 13 Feminist Legal Studies 239, 244–245..

16 Salah satu prinsip ajaran Maududi (Pakistan: 1903-1979) adalah konsep pemisahan masyarakat Islam dan Jahiliyah. Oleh karena itu umat Islam menurutnya harus berpegang teguh pada Sharia, bukan pada ajaran Hukum Barat termasuk norma-norma HAM. Lihat beberapa ajarannya di 'Sayyid Abul-A'la Maududi' <http://www.newstatesman.com/religion/2010/02/islamic-society-mawdudi> accessed 14 September 2017.

17 Sayyid Qutb (Mesir:1906 – 1966) dianggap sebagai tokoh yang berpengaruh besar terhadap berkembangnya kelompok fundamentalisme di dunia Islam. Salah satu pemikiran Qutb adalah jihad atau berperang dengan penguasa-penguasa di negara Muslim yang dianggap tidak memberlakukan Sharia. Lihat ulasan singkat terkait pemikiran Qutb di Robert Irwin, 'Is This the Man Who Inspired Bin Laden?' *The Guardian* (1 November 2001) <http://www.theguardian.com/world/2001/nov/01/afghanistan.terrorism3> accessed 15 September 2017.

18 Lihat ulasan lebih lengkap di Marie Juul Petersen, 'Islam and Human Rights: Clash or Compatibility?'

hubungan antara Islam dan HAM khususnya yang terkait kelompok rentan seperti minoritas agama, penderita HIV/AIDS dan perempuan masih menjadi perdebatan. Di Saudi Arabia, selain isu diskriminasi terhadap non Muslim, perempuan masih hidup dalam keterbatasan karena tidak mempunyai hak dan kebebasan yang sama dengan laki-laki.[20] Kelompok LGBT juga hidup dalam ketakutan dan ancaman pidana di beberapa negara Muslim mayoritas seperti Saudi Arabia, Iran, Yaman, Syiria, Oman, Qatar dan Maroko.[21] Padahal di sekitar Abad 19-20, kelompok LGBT di Eropa yang melakukan pernikahan sejenis dan mendapatkan perlakuan yang diskriminatif dan terancam pidana banyak yang melarikan diri ke negara-negara Muslim mayoritas seperti Maroko.[22]

Beberapa contoh tersebut mengindikasikan masih banyak negara yang belum mempunyai landasan konstitusi dan hukum nasional untuk melindungi kelompok rentan. Bahkan kebijakan pemerintah di negara-negara tersebut justru sering mendiskriminasi hak-hak dasar mereka. Padahal hampir semua negara di dunia mempunyai populasi yang masuk dalam kategori kelompok rentan dimana sebagian besar dari mereka masih hidup dalam ketakutan karena berhadapan dengan praktik kebijakan negara yang konservatif dan diskriminatif. Oleh karena itu, Perlu adanya

---

<http://blogs.lse.ac.uk/religionpublicsphere/2016/10/islam-and-human-rights-clash-or-compatibility/> accessed 14 September 2017.

19 Menurut Nasim Hasan Shah, sebuah negara yang mempunyai pendudukan mayoritas Muslim atau seluruhnya Muslim tidak sinonim dengan negara Islam. yang dimaksud dengan negara Islam dalam tulisan ini adalah sebuah negara yang menerapkan hukum Islam sebagai sumber hukum tertinggi di konstitusi dan legislasi nasional. Lihat ulasan lebih lengkapnya di Nasim Hasan Shah, 'Islamic Concept of State' (1987) 26 Islamic Studies 97.

20 'Seven Things Women in Saudi Arabia Cannot Do' (*The Week UK*) <http://www.theweek.co.uk/60339/nine-things-women-cant-do-in-saudi-arabia> accessed 14 September 2017.

21 Brian Whitaker, 'Everything You Need to Know about Being Gay in Muslim Countries' *The Guardian* (21 June 2016) <http://www.theguardian.com/world/2016/jun/21/gay-lgbt-muslim-countries-middle-east> accessed 14 September 2017.

22 *ibid.*

perubahan dan penambahan norma-norma HAM yang protektif dalam kebijakan hukum di negara tersebut untuk melindungi kelompok-kelompok yang rentan secara politik, hukum, sosial, budaya dan agama. Negara-negara harus mempunyai konstitusi modern yang mengatur skema perlindungan khusus terhadap perlindungan kelompok rentan. Ketika konstitusi telah mengadopsi prinsip-prinsip hak-hak asasi manusia, negara diuji, tidak hanya mengakui hak-hak kelompok rentan dalam konstitusi negara, tetapi juga mengimplemen-tasikan tanggung jawabnya atas penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan hak-hak asasi manusia.[23]

Perlindungan Kelompok Rentan di Indonesia

Prinsip dasar perlindungan HAM bagi kelompok rentan sebenarnya bukan ditujukan kepada manusia sebagai subjek HAM melainkan karena posisi mereka yang rentan terhadap pelanggaran HAM. Hal ini disebabkan "manusia" sudah menjadi subjek umum norma HAM di berbagai instrumen HAM internasional maupun nasional. Namun karena status dan kondisi sosial dari beberapa manusia lah yang menyebabkan mereka menjadi rentan terhadap pelanggaran HAM. Ada beberapa kelompok yang karena berbagai alasan menjadi lemah dan rentan atau secara tradisi menjadi korban pelanggaran HAM dan oleh karena itu membutuhkan perlindungan khusus agar mereka mendapatkan hak-hak dasar secara efektif.

Dari masing-masing kelompok tersebut, secara garis besar kelompok manusia yang rentan terhadap pelanggaran HAM bisa dibedakan ke dalam beberapa kategori. Pertama, kelompok yang rentan karena perbedaan gender. Namun harus dipahami bahwa tidak semua perempuan menjadi kelompok rentan khususnya jika mereka hidup dalam masyarakat yang sudah mampu menghargai

[23] Herlambang P Wiratraman, 'Konstitutionalisme & Hak Asasi Manusia: Konsepsi Tanggungjawab Negara Dalam Sistem Ketatanegaraan Di Indonesia' (2005) 20 Ilmu Hukum Yuridika.

hak-hak perempuan seperti halnya hak laki-laki. Mayoritas perempuan yang di Eropa dapat dikatakan tidak rentan secara umum karena persamaan hak antara perempuan dan laki-laki menjadi salah satu nilai utama Uni Eropa.[24] Berbeda dengan perempuan di Indonesia yang masih banyak mendapatkan perlakuan diskriminatif seperti "tes keperawanan" untuk menjadi polisi yang sudah lama diberla-kukan di kepolisian atas dasar "moralitas".[25] Beberapa produk hukum nasional di Indonesia juga masih diskriminatif terhadap perempuan seperti aturan poligami dalam UU Perkawinan. Di berbagai daerah, perempuan juga masih hidup dalam hegemoni patriarki karena keterbatasan pengetahuan dan pendidikan mereka terkait hak-hak dasar perempuan.

Selanjutnya, diantara kelompok yang paling rentan terhadap pelanggaran HAM adalah anak-anak. Selain karena faktor umur, situasi sosial politik seperti perang dan juga bencana alam sering kali mengorbankan anak-anak. Dalam peperangan, anak-anak, selain terbunuh dalam peperangan juga sering dipaksa untuk terlibat dalam peperangan maupun harus kehilangan orang tua dan terusir dari tempat tinggalnya.[26] Bahkan dalam sejarah perang hingga konflik yang terjadi hingga saat ini, anak-anak sangat rentan terbunuh maupun harus kehilangan masa depannya dengan berbagai alasan.[27] Padahal sudah banyak instrumen HAM yang secara khusus melindungi hak anak seperti Konvensi Internasional

---

24 Julia Ward, 'Europe Leads the Way for Women's Rights' (*HuffPost UK*) <http://www.huffingtonpost.co.uk/julie-ward/europe-womens-rights_b_9398678.html> accessed 14 September 2017.

25 Human Rights Watch |350 Fifth Harsono, 'Indonesian Women's Rights Under Siege' *Human Rights Watch* (25 November 2014) <https://www.hrw.org/news/2014/11/25/indonesian-womens-rights-under-siege>accessed 14 September 2017.

26 'Children Protected under International Humanitarian Law - ICRC' (00:00:00.0) </eng/war-and-law/protected-persons/children/overview-protected-children.htm> accessed 14 September 2017.

27 'Protecting Children in War and Conflict: European and Global Implications for Child Rights' (*Save the Children International*, 12 January 2017) <https://www.savethechildren.net/article/protecting-children-war-and-conflict-european-and-global-implications-child-rights> accessed 14 September 2017.

Hak Anak[28] dan juga Protokol Tambahan Konvensi Jenewa Tahun 1977 serta Konvensi Hak Anak Tahun 1989.

Meskipun Indonesia sudah meratifikasi Konvensi Hak Anak, namun masih banyak anak-anak Indonesia yang rentan tidak hanya karena tradisi dengan dipaksa mengikuti keinginan orang tua, desakan ekonomi dengan dipaksa bekerja di berbagai sektor,[29] dan ancaman bencana alam melainkan juga tercerabut dari akar sosialnya dan hidup dalam keterasingan. Masih banyak anak-anak Indonesia yang diadopsi oleh warga negara asing dan dipaksa hidup dengan budaya baru serta terputus ikatan emosional mereka dari orang tua kandungnya. Hal ini disebabkan Undang-Undang Nomor 23/2002 tentang Perlindungan Anak tidak mengatur secara tegas larangan adopsi anak dengan mengganti kewarganegaraan atau memindahkan mereka ke negara orang tua angkatnya.[30]

Tatanan dunia modern yang didukung dengan instrumen dan rejim HAM internasional ternyata masih menyisakan tanggung jawab besar terkait konflik sosial dan politik yang berdampak pada pengungsi dan orang-orang yang terusir. Pengungsi menjadi kelompok yang rentan mendapatkan kekerasan karena mereka tidak mempunyai modal politik dan hukum untuk mempertahankan hak-hak dasar dan fundamental mereka. Pasca Perang Dunia II, masih banyak pengungsi yang harus kehilangan hak-hak dasar dan fundamental mereka dikarenakan perang dan kekerasan yang mereka alami di negara asal. Menurut data yang dirilis oleh Organisasi Pengungsi UNHCR, jumlah pengungsi dan orang-orang yang terusir dari negara asal mereka mencapai rekor tertinggi yakni di sekitar 65 juta jiwa yang tersebar di seluruh dunia.[31]

---

28 Indonesia meratifikasi Konvensi Hak Anak pada tahun 1990.

29 Sharon Bessel, 'Children at Work' *Inside Indonesia* (30 September 2007) <http://www.insideindonesia.org/children-at-work> accessed 14 September 2017.

30 Lihat pasal 39.

31 United Nations High Commissioner for Refugees, 'Global Forced Displacement Hits Record High' (*UNHCR*) <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/6/5763b65a4/global-forced-displacement-hits-record-high.html> accessed 15 September 2017.

Pengungsi menjadi isu yang kurang menarik bagi negara-negara karena menerima kehadiran mereka dianggap dapat mengganggu stabilitas politik dan ekonomi di negara yang bersangkutan. Misalnya, Kasus Rohingya yang seharusnya menjadi persoalan bersama ASEAN ternyata belum mampu mengubah kebijakan negara-negara ASEAN untuk menerima pengungsi Rohingya karena ketakutan mereka akan munculnya gelombang kedua pengungsi di kawasan pasca berakhirnya era Manusia Perahu di akhir 1970an. Terlebih hanya ada dua negara ASEAN yang sudah meratifikasi Konvensi 1951 Tentang Pengungsi, yakni Filipina dan Kamboja.[32] Meskipun Indonesia belum meratifikasi Konvensi tersebut, namun dalam beberapa tahun terakhir rutin menerima pengungsi, utamanya pengungsi dari Timur Tengah dan Asia Selatan, untuk tinggal sementara di Indonesia sampai mereka mendapatkan negara ketiga untuk tinggal secara permanen.[33]

Kelompok lain yang juga rentan terhadap kekerasan adalah minoritas yang ada di hampir semua negara. Meskipun sudah ada instrumen HAM internasional yang sudah melindungi hak-hak minoritas khususnya pasal 27 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, kelompok minoritas masih mengalami berbagai macam kekerasan yang mengancam hak dasar dan fundamental mereka. Di Indonesia misalnya, minoritas agama menghadapi berbagai macam diskriminasi dan kekerasan. Bahkan kekerasan terhadap minoritas agama di Indonesia cenderung meningkat meskipun instrumen HAM nasional sudah mengalami kemajuan dibanding Era Suharto. Kekerasan terhadap minoritas tersebar mulai dari Aceh sampai

---

32 "'Boat People" Crisis a Test for ASEAN's Humanitarian Resolve' *Reuters* (18 May 2015) <https://www.reuters.com/article/us-asia-migrants-asean/boat-people-crisis-a-test-for-aseans-humanitarian-resolve-idUSKBN0O31J220150518> accessed 15 September 2017.

33 Thomas Brown, 'Doubt over Refugees Living in Indonesia' *The Jakarta Post* (2 February 2017) <http://www.thejakartapost.com/academia/2017/02/02/doubt-over-refugees-living-in-indonesia.html> accessed 15 September 2017.

Papua dengan berbagai macam persoalan. Bahkan Muslim sebagai mayoritas juga menjadi korban ketika mereka menjadi minoritas.[34]

Kesimpulan

Kesimpulan yang dapat diambil dari analisis singkat diatas adalah hampir tidak ada negara di dunia yang mempunyai catatan bersih terkait perlindungan kelompok rentan. Pengungsi banyak mendapatkan perlakuan diskriminatif di negara-negara maju karena munculnya kelompok ultra nasionalis sedangkan di negara-negara dengan persoalan ekonomi dan politik yang belum stabil, pengungsi, orang tanpa kewarganegaraan dan kelompok masyarakat yang terusir dari wilayah juga masih mendapatkan resistensi dan diskriminasi oleh negara sehingga mengakibatkan mereka menjadi kelompok yang rentan. Di lain pihak, penderita HIV/AIDS dan kelompok LGBT lebih sering mendapatkan resistensi dan diskriminasi di negara-negara dengan pengaruh agama dan budaya yang masih kuat. Selain itu, di negara-negara tersebut, kelompok agama minoritas, perempuan dan anak-anak juga mendapatkan perlakuan diskriminatif di negara-negara dengan tingkat pengaruh agama dan budaya patriakhi yang masih dominan.

Masih banyaknya kasus yang menyasar kelompok-kelompok rentan tersebut mengindikasikan bahwa masing-masing negara mempunyai persoalan nasional yang memaksa mereka untuk tidak menaruh perhatian yang serius terhadap kelompok rentan. Sering kali penandatangan atau peratifikasian instrumen HAM internasional dilakukan oleh suatu negara hanya untuk mendapatkan pengakuan atau simpati dari dunia internasional terkait perubahan atau perbaikan HAM di negara tersebut. Namun pada kenyataannya realitas pemenuhan HAM di negara-negara tersebut tidak lebih baik dari sebelumnya. Alasan klasik "relativisme" HAM selalu menjadi dasar kebijakan negara untuk

[34] Lihat kasusnya di Al Khanif, 'Tolikara: Majority-Minority Ties and Its Discontent' <http://www.thejakartapost.com/news/2015/07/25/tolikara-majority-minority-ties-and-its-discontent.html> accessed 1 January 2016.

membatasi suatu hak atau kebebasan yang menurut mereka tidak layak diberikan kepada individu atau kelompok tertentu.

Persoalan mengenai dikotomi relativisme vs. universalisme ini menunjukkan bahwa kesulitan utama untuk menerapkan standar universal HAM yang melewati batas-batas agama dan budaya di berbagai negara adalah karena masing-masing agama, budaya dan negara tersebut mempunyai standar yang beragam,dimana standar-standar tersebut kemudian diakui atau bahkan dibuat oleh negara dan masyarakat sebagai pijakan hukum untuk membatasi penerapan HAM.[35] Beragamnya standar pemenuhan HAM berdasarkan klaim relativisme inilah yang seringkali mengorbankan individu atau kelompok yang mempunyai keterbatasan hukum dan politik sehingga eksistensi mereka menjadi sangat rentan terhadap pelanggaran HAM.

Yang menjadi pertanyaannya kemudian adalah, mungkinkah HAM secara universal dilaksanakan dibawah bayang-bayang relativisme di berbagai negara. Atau justru sebaliknya relativisme budaya merupakan cara yang tepat untuk melaksakan HAM di berbagai negara karena setiap budaya maupun agama mempunyai legitimasi dari masyarakatnya. Untuk menjawab pertanyaan tersebut, perlu ditegaskan bahwa yang menjadi subjek HAM adalah manusia. Ketika kita memperdebatkan universalisme vs. relativisme, maka sebenarnya manusia sudah kehilangan jatidirinya sebagai subjek dalam diskursus HAM. Seharusnya seperti yang dikatakan oleh Abdullah Ahmed An Naim bahwa dalam konteks pemenuhan HAM, prinsip resiprositas harus menjadi payung suci karena prinsip tersebut mengajarkan kepada manusia untuk tidak memperlakukan manusia lainnya dengan buruk jika perlakuan tersebut tidak mau menimpa dirinya.[36]Atau dengan kata lain perlakukan manusia lainnya dengan baik jika kita ingin mendapatkan perlakuan yang sama.

---

35 Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law* (Syracuse University Press 1996) 162.

36 ibid.

Daftar Pustaka

An-Na'im AA, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law* (Syracuse University Press 1996)

Bessel S, 'Children at Work' *Inside Indonesia* (30 September 2007) <http://www.insideindonesia.org/children-at-work> accessed 14 September 2017

'"Boat People" Crisis a Test for ASEAN's Humanitarian Resolve' *Reuters* (18 May 2015) <https://www.reuters.com/article/us-asia-migrants-asean/boat-people-crisis-a-test-for-aseans-humanitarian-resolve-idUSKBN0O31J220150518>access-ed 15 September 2017

Brown T, 'Doubt over Refugees Living in Indonesia' *The Jakarta Post* (2 February 2017) <http://www.thejakartapost.com/academia/2017/02/02/doubt-over-refugees-living-in-indonesia.html> accessed 15 September 2017

'Children Protected under International Humanitarian Law - ICRC' (00:00:00.0) </eng/war-and-law/protected-persons/children/overview-protected-children.htm> accessed 14 September 2017

Ekmekci PE, 'Do We Have a Moral Responsibility to Compensate for Vulnerable Groups? A Discussion on the Right to Health for LGBT People' (2017) 20 Medicine, Health Care and Philosophy 335

Fox-Decent E, 'Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?' (2008) 27 Law and Philosophy 533

González A, 'In 155 Countries Women Still Face Legal Discrimination. The Consequences Are Huge' *The Guardian* (3 December 2015) <http://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/dec/03/women-legal-discrimination-worldwide-consequences>accessed27October 2017

Harsono HRW| 350 F, 'Indonesian Women's Rights Under Siege' *Human Rights Watch* (25 November 2014) <https://www.hrw.org/news/2014/11/25/indonesian-womens-rights un-der-siege> accessed 14 September 2017

Irwin R, 'Is This the Man Who Inspired Bin Laden?' *The Guardian* (1 November 2001) <http://www.theguardian.com/world/2001/nov/01/afghanistan.terrorism3> accessed 15 September 2017

Khanif A, *Hukum dan kebebasan beragama di Indonesia* (LaksBang Mediatama 2010)

——, 'Tolikara: Majority-Minority Ties and Its Discontent' <http://www.thejakartapost.com/news/2015/07/25/tolikara-majority-minority-ties-and-its-discontent.html> access-ed 1 January 2016

Mgbeoji I, 'The Civilised Self and the Barbaric Other: Imperial Delusions of Order and the Challenges of Human Security' (2006) 27 Third World Quarterly 855

'Pernikahan Sesama Jenis Di Jember Akan Dibatalkan, Ini Alasannya'(*Tempo*, 1 February 2017) <https://nasional.tempo.co/read/1027638/pernikahan-sesama-jenis-di-jember-akan-dibatalkan-ini-alasannya> accessed 29 Octo-ber 2017

Petersen MJ, 'Islam and Human Rights: Clash or Compatibility?' <http://blogs.lse.ac.uk/religionpublicsphere/2016/10/islam-and-human-rights-clash-or-compatibility/> accessed 14 September 2017

'Protecting Children in War and Conflict: European and Global Implications for Child Rights' (*Save the Children International*, 12 January 2017) <https://www.savethechildren.net/article/protecting-children-war-and-conflict-european-and-global-implications-child-rights> accessed 14 September 2017

Refugees UNHC for, 'Global Forced Displacement Hits Record High' (*UNHCR*) <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/6/5763b65a4/global-forced-displacement-hits-record-high.html> accessed 15 September 2017

Reichert E, 'Human Rights: An Examination of Universalism and Cultural Relativism' (2006) 22 Journal of Comparative So-cial Welfare 23

'Sayyid Abul-A'la Maududi' <http://www.newstatesman.com/religion/2010/02/islamic-society-mawdudi>accessed 14September 2017

'Seven Things Women in Saudi Arabia Cannot Do' (*The Week UK*) <http://www.theweek.co.uk/60339/nine-things-women-cant-do-in-saudi-arabia> accessed 14 September 2017

Shah NA, 'The Constitution of Afghanistan and Women's Rights' (2005) 13 Feminist Legal Studies 239

Shah NH, 'Islamic Concept of State' (1987) 26 Islamic Studies 97

'The Human Rights Protection of Vulnerable Groups' (*Icelandic Human Rights Centre*) <http://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-and-fora/the-human-rights-protection-of-vulnerable-groups/> accessed 13 September 2017

Vaswani K, 'The Struggle of Religious Minorities in Indonesia' *BBC News* (17 April 2013) <http://www.bbc.com/news/world-asia-22165159> accessed 15 September 2017

Ward B, 'Divided We Fall: Intolerance in Europe Puts Rights at Risk' *Human Rights Watch* (14 February 2013) <https://www.hrw.org/news/2013/02/14/divided-we-fall-intolerance-europe-puts-rights-risk> accessed 6 November 2017

Ward J, 'Europe Leads the Way for Women's Rights' (*HuffPost UK*) <http://www.huffingtonpost.co.uk/julie-ward/europe-womens-rights_b_9398678.html> accessed 14 September 2017

Whitaker B, 'Everything You Need to Know about Being Gay in Muslim Countries' *The Guardian* (21 June 2016) <http://www.theguardian.com/world/2016/jun/21/gay-lgbt-muslim-countries-middle-east> accessed 14 September 2017

Wiratraman HP, 'Konstitutionalisme & Hak Asasi Manusia: Konsepsi Tanggungjawab Negara Dalam Sistem Ketatanegaraan Di Indonesia' (2005) 20 Ilmu Hukum Yuridika

Perlindungan terhadap Korban Perempuan Difabel dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia

Bestha Inatsan Ashila dan Dio Ashar Wicaksana

Pendahuluan

Indonesia baru saja berhasil mengesahkan Undang-Undang (UU) Penyandang Disabilitas pada awal tahun 2016 ini, dimana perubahan yang fundamental adalah mengubah kata penyandang disabilitas dari istilah penyandang cacat. Penggunaan istilah penyandang cacat lebih cenderung mendiskriminasikan para penyandang disabilitas. UU ini juga mengubah perspektif dimana penyandang disabilitas bukanlah suatu hambatan, melainkan sebagai manusia yang memiliki kesempatan dan hak yang setara.[1] Sebelumnya masih banyak diskriminasi yang terjadi bagi penyandang disabilitas, dimana salah satunya dalam hal penegakan hukum di Indonesia.

Dalam konteks ini, penyandang disabilitas dikaitkan terhadap orang yang mengalami hambatan baik secara fisik, intelektual, mental, dan/atau sensorik untuk berkomunikasi dan berpartisipasi secara penuh dah efektif dengan warga negara lainnya berdasarkan kesamaan hak.[2] Di Indonesia kurang lebih terdapat 6.008.661 penyandang disabilitas, dimana terdiri dari penyandang disabilitas netra, penyandang disabilitas rungu wicara, penyandang disabilitas grahita/intelektual, penyandang disabilitas tubuh, penyandang

---

1 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2016 tentang Penyandang Disabilitas (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 69, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5871)

2 *Ibid*

disabilitas yang sulit mengurus diri sendiri, dan penyandang disabilitas ganda.[3]

Difabel bersama dengan kelompok feminis, LGBT, dan minoritas lainnya diketahui sebagai bagian dari kelompok yang seringkali mendapatkan diskriminasi dalam kehidupan masyarakat. Aktivis difabel meyakini bahwa difabel merupakan bagian alamiah dari keragaman manusia yang ada.[4] Sehingga sudah sewajarnya mereka mendapatkan pengakuan dan penghormatan yang setara, dibandingkan dengan dikasihi, ditakuti dan didiskriminasikan.

Dalam konteks peradilan pidana, tidak jarang difabel mendapatkan diskriminasi oleh aparat penegak hukum. Pusham UII (2015) mencatat ada beberapa kasus yang melibatkan penyandang difabel mental tidak diselesaikan oleh penyidik. Alasan utamanya karena sulitnya komunikasi antara penyidik dengan penyandang difabel.[5] Contoh lainnya, seringkali keterangan korban difabel yang buta dan tuli tidak dianggap sebagai keterangan alat bukti yang sah, karena terdapat interpretasi di dalam peraturan hukum pidana Indonesia (KUHP). Pada peraturan tersebut dikatakan keterangan saksi yang sah adalah pihak yang melihat, mendengar, atau mengalami secara langsung suatu peristiwa pidana.[6]

Sehingga sangat sulit bagi korban yang buta dan tuli untuk melaporkan peristiwa yang menimpa mereka. Ditambah lagi, masyarakat sulit untuk mengetahui lebih dalam terhadap proses peradilan pidana bagi penyandang disabilitas, karena hingga saat ini tidak terdapat kategori khusus dalam data penanganan perkara baik dari Kepolisian, Kejaksaan hingga Pengadilan. Oleh karena itu tulisan ini akan membahas bagaimana kondisi praktik peradilan

---

3 Biro Pusat Statistik, *Survey Sosial Ekonomi Nasional,* dikutip di Kementerian Sosial RI, http://www.kemsos.go.id/modules.php?name=News&file=article&sid=18765 yang diakses pada 6 Februari 2017

4 Elizabeth Barnes, "Valuing Disability, Causing Disability", *The University of Chicago Press Journals,* Vol. 125, No. 1, October 2014, h. 88.

5 Eko Riyadi, et al, *Aksesibilitas Peradilan Bagi Penyandang Disabilitas*, Pusham UII,Yogyakarta 2015, h. 7-8.

6 *Ibid*, h. 4

pidana Indonesia, serta rekomendasi untuk perlindungan yang lebih baik terhadap korban perempuan difabel.

Pemahaman Istilah Difabel

Dalam konteks internasional, pengakuan terhadap hak disabilitas diawali dengan adanya pergerakan masyarakat sipil. Gerakan tersebut dilakukan pada tahun 1960-an, dimana gerakan tersebut memberikan tekanan terhadap komunitas internasional untuk memberikan aksesibilitas lebih di masyarakat terhadap penyandang disabilitas.[7] Karena sebelumnya, the United Nations (UN) tidak menyebutkan secara eksplisit penyandang disabilitas di dalam *the Declaration of Universal Human Rights*. Oleh karena itu, UN merespon tekanan tersebut dengan dibentuknya *the Declaration of the Rights of Disabled Persons* pada tahun 1975. Pada deklarasi tersebut dijelaskan secara eksplisit bahwa penyandang disabilitas wajib diakui hak sipil dan politiknya baik secara finansial, sosial dan partisitipasi politik oleh Negara.[8]

Dalam konteks Indonesia, pengakuan penyandang disabilitas sebagai pihak yang setara baru diakui secara formal pada tahun 2011 ketika pemerintah Indonesia meratifikasi *UN Convention on the Rights of Person with Disabilities* (CRPD) melalui UU No. 19 tahun 2011 tentang Pengesahan Konvensi mengenai Hak Penyandang Disabilitas. Mengikuti semangat yang ada di dalam UU No. 19 Tahun 2011, penggunaan kata penyandang cacat dirubah menjadi penyandang disabilitas mengikuti ketentuan yang ada di dalam CRPD yang diratifikasi dalam UU tersebut. Salah satu yang dikedepankan adalah merubah konsep disabilitas bukan lagi sebagai orang yang tidak mampu berpartisipasi, melainkan masyarakat yang kondisinya setara, sehingga pemerintah beserta masyarakat wajib memberikan akses yang setara bagi mereka.

---

7 C.G.K. Atkins, "A Cripple at a Rich Man's Gate: A Comparison of Disability Employment and Anti-Discrimination Law in the United States and Canada", *Canadian Journal of Law and Society,* Volume 21 No.2, 2006, h. 90.

8 *Ibid,* h. 91

Sebelumnya, pemerintah Indonesia lebih mengedepankan pendekatan *charity based* terhadap penyandang disabilitas, dimana pendekatan ini lebih menempatkan penyandang disabilitas sebagai orang yang cacat. Sehingga penyembuhan medis lebih dikedepankan dalam pendekatan ini. Konsep ini menekankan kepada kondisi kesehatan dari penyandang disabilitas. Pada pendekatan ini, disabilitas dianggap sebagai kondisi yang tidak sehat, sehingga solusi dari pendekatan ini adalah rehabilitasi atau penyembuhan medis.[9] Pendekatan ini memandang disabilitas merupakan pihak yang bergantung terhadap orang lain, sehingga tidak jarang memunculkan asumsi bahwa penyandang disabilitas tidak memiliki kemampuan yang setara dalam bekerja, dan berpartisipasi penuh dalam masyarakat.[10]

Pendekatan tersebut menimbulkan potensi pemahaman yang salah, sehingga seringkali penyandang disabilitas dianggap sebagai pihak yang perlu dikasihani. Tidak jarang penyandang disabilitas mendapatkan diskriminasi karena kondisinya dianggap berbeda dengan orang non-disabilitas.[11] Sehingga, pendekatan ini mendapatkan kritik dari aktifis dan pelajar disabilitas. Mereka berpendapat bahwa hambatan dari penyandang disabilitas bukanlah karena keterbatasan fisik mereka, melainkan sosial, politik, dan lingkungan yang secara tidak inklusif membatasi mereka.[12]

---

9 Tom Shakespeare dan Bryan Vernon, "Disability Rights and Resucitation*",* dalam Luke Clements dan Janet Read, *Disabled People and the Right to Life (the Protection and Violation of Disable People's Most Basic Human Rights,* New York: Routledge, 2008, h. 99.

10 Kathryn Sullivan, "*The Prevalence of the Medical Model of Disability in Society, 2011 AHS Capstone Project,* Project Paper 12, h. 2.

11 *Ibid,* h. 3.

12 Luke Clements dan Janet Read, "Introduction: Life, Disability and the Pursuit of Human Rights"*,* dalam Luke Clements dan Janet Read, *Disabled People and the Right to Life (the Protection and Violation of Disable People's Most Basic Human Rights,* New York: Routledge, 2008, h. 4.

Penggunaan kata "penyandang" maupun cacat mendapatkan kritik oleh aktivis difabel Purwanti.[13] Sehingga aktifis difabel Indonesia membentuk penggunaan kata yang baru, yaitu "difabel", makna dari kata difabel adalah *different abilities.*[14] Oleh karena itu tulisan ini akan menggunakan kata difabel untuk menggantikan istilah dari penyandang disabilitas. Penggunaan kata ini bertujuan untuk mengubah perspektif masyarakat bahwa penyandang difabel bukan lagi sebagai orang yang tidak dapat melakukan sesuatu seperti orang "normal" lainnya. Melainkan sebagai orang yang dapat melakukan sesuatu dengan kemampuan yang berbeda.

Pemaknaan kata ini bukan hanya sekedar istilah, tetapi juga menghilangkan pemaknaan negatif dari pemaknaan "cacat" pada kelompok difabel. Menurut M. Yoni Yulianto (2012), penggunaan kata difabel merupakan suatu upaya untuk merekonstruksi ulang dari perspektif negatif dari konsep kecacatan dan disabilitas. Alasannya karena makna difabel melepaskan hubungan sebab-akibat antara keterbatasan fisik, mental, dan intelektual serta meruntuhkan superioritas dengan menempatkan difabel sebagai pihak yang inferior dari kelompok "normal".[15]

Pendekatan ini lebih mengedepankan aspek sosial dan hak asasi manusia, karena hambatan yang terjadi bagi difabel selama ini bukanlah dari kondisi mereka, melainkan sosial dan masyarakat yang membatasi aksesibilitas mereka.[16] Oleh karena itu pendekatan ini bertujuan untuk menghilangkan hambatan didalam kehidupan sosial, sehingga difabel bisa hidup dan berpartisipasi setara dengan masyarakat lainnya. Seperti contoh difabel yang berjalan dengan kursi roda, bukan berarti dia tidak bisa berjalan, melainkan karena

---

13 Choky R. Ramadhan, et al, *Difabel Dalam Peradilan Pidana (Analisis Konsistensi Putusan)*,(Depok: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2016), h. 11.

14 M. Syafi'ie and Mahrus Ali, *Potret Difabel Berhadapan dengan Hukum Negara)* (Sleman: SIGAB, 2014), h. 11.

15 lihat Choky R. Ramadhan, et al, *note 14*,h. 12

16 *David Crabtree, "Models of Disability",* http://englishagenda.britishcouncil.org/sites/ec/files/Models%20of%20disability.pdf, diakses pada tanggal 1 February 2017

sosial masyarakat tidak memberikan akses fasilitas yang memadai terhadap mereka.

Praktik Kekerasan Seksual terhadap Perempuan di Indonesia

Hukum di Indonesia masih sangat minim dalam memberikan perlindungan kepada perempuan, salah satunya perempuan difabel baik dari segi hukum materil, aparat penegak hukum, sarana peradilan dan budaya hukum.[17] Apalagi perempuan memiliki kecenderungan menjadi korban suatu tindak pidana sebanyak enam kali dibandingkan pria.[18] Kemungkinan seorang difabel menjadi korban kejahatan juga lebih tinggi yaitu adalah empat sampai sepuluh kali lebih tinggi dari populasi umum.[19]

Perempuan difabel seringkali mengalami *triple* diskriminasi yaitu sebagai perempuan yang kerap dianggap kelas dua, karena difabel dan pada umumnya dalam keadaan miskin.[20] Perempuan difabel lebih rentan terhadap kekerasan, baik kekerasan fisik, kekerasan psikologis, kekerasan seksual, kekerasan finansial dan kekerasan ganda. Biasanya pelaku melakukannya karena difabel dianggap lemah dan cacat hukum.[21]

Pasal 1 Deklarasi Penghapusan Kekerasan terhadap Perempuan memberikan definisi kekerasan terhadap perempuan adalah setiap perbuatan berdasarkan perbedaan jenis kelamin yang

---

17 M. Syafi'ie, Sistem Hukum di Indonesia Diskriminatif Kepada Difabel, dalam Jurnal Difabel Volume 2 No./2015, h.170 dalam Choky R. Ramadhan,*et al, note 14,*h.19.

18 Rennison & Rand (2003) dikutip di dalam Alida V. Merlo dan Joycelyn M. Pollock, *Women, Law, and Social Control* 2nd edition, (Boston: Pearson Education, Inc., 2006), h. 157.

19 Sobsey D. (1994) dikutip di dalam Supriyadi Widodo Eddyono dan Ajeng Gandini Kamilah, *Aspek-Aspek Criminal Justice bagi Penyandang Disabilitas,* (Jakarta: ICJR, 2015), h. 9.

20 Totok Rawi Djati, Perempuan Difabel Alami Triple Diskriminasi, dalam Buletin Difabel Sapda Jogja, Edisi IX Th X Juni 2010, h.2.

21 Sentra Advokasi Perempuan, Difabel dan Anak, Penanganan Kasus Kekerasan terhadap Perempuan Difabel, dalam buletin Difabel Sapda Jogja, edisi VI Th X Maret 2010, h.4.

berakibat atau mungkin dapat berakibat penderitaan fisik, seksual atau psikologi, termasuk didalamnya ancaman perbuatan tertentu, pemaksaan atau perampokan kemerdekaan secara sewenang-wenang baik yang terjadi di depan umum maupun dalam kehidupan pribadi. Kekerasan seksual diartikan sebagai suatu bentuk kejahatan yang menyerang kehormatan seksualitas seseorang. Berdasarkan pengalaman pendokumentasian Komnas Perempuan ditemukan 14 bentuk kekerasan seksual diantaranya yaitu perkosaan, pelecehan seksual, eksploitasi seksual, penyiksaan seksual, perbudakan seksual, prostitusi paksa, pemaksaan kehamilan, pemaksaan perkawinan dan lain-lain. [22]

Pada tahun 2014 Komnas Perempuan mencatat kasus kekerasan seksual baik itu perkosaan, pencabulan, pelecehan seksual, percobaan perkosaan ada 2.183 kasus diranah komunitas dan 2.274 kasus diranah KDRT atau personal dimana korban dan pelaku memiliki hubungan kerabat, perkawinan ataupun relasi intim. Sementara pada tahun 2015 jumlah kekerasan seksual ada 3.174 di ranah komunitas dan sebanyak 3.325 kasus di ranah KDRT atau personal.[23] Sayangnya belum ada data statistik yang menunjukkan untuk korban perempuan difabel. Data kasus kekerasan seksual setiap tahun semakin meningkat, data yang terkumpul ini bisa jadi lebih besar kenyatannya karena adanya *dark number* dimana terjadi kasus namun tidak diadukan ke pihak berwajib.[24] Menurut survei daring Lentera Sintas indonesia 93% penyintas kekerasan seksual tidak melaporkan kasus mereka ke aparat penegak hukum.

Mayoritas pelaku kekerasan seksual adalah orang yang dikenal oleh korban, berdasarkan riset MaPPI dari 300 putusan kasus-kasus kekerasan seksual sebanyak 226 kasus dilakukan oleh orang yang dikenal korban seperti teman, pacar, tetangga, kerabat, guru,

---

22 Sri Nurhewati, Penanganan Kekerasan Seksual Sebagai Tanggung Jawab Negara, dalam Buletin Perempuan bergerak Edisi I/Januari-Maret 2012, h.5.

23 Catatan Tahunan Komnas Perempuan 2014-2015.

24 Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, Perlindungan Terhadap Korban Kekerasan Seksual: Advokasi atas Hak Asasi Perempuan, Bandung: Refika Aditama, 2001, h.12.

dan lainnya. Sementara hanya 41 kasus kekerasan seksual yang dilakukan oleh orang asing atau tidak dikenal.[25]

Kekerasan seksual adalah salah satu bentuk perampasan hak dan salah satu kekerasan seksual yang paling sering terjadi adalah perkosaan.[26] Perkosaan adalah kejahatan yang terjadi bukan hanya karena adanya kekerasan seksual semata, tapi suatu bentuk perilaku yang dipengaruhi oleh sistem kekuasaan. Perkosaan bukan hanya menjadikan perempuan sebagai objek seksual namun juga objek kekuasaan lelaki.[27] Menurut Lamintang, perkosaan adalah perbuatan dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita untuk melakukan persetubuhan di luar ikatan perkawinan.[28] Sementara itu menurut Susetiawan, perkosaan adalah istilah yang digunakan pada bentuk tindakan pemaksaan dalam hubungan seksual bukan hanya terbatas pada hubungan seksual namun juga suatu bentuk perampasan hak dalam kehidupan manusia. Susetiawan melihat perkosaan sebagai perampasan hak asasi manusia seperti hak keperawanan, hak bebas dari penderitaan, hak bebas dari ketakutan dan perlakuan yang tidak manusiawi.[29]

Aturan mengenai kekerasan seksual diantaranya diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Pasal 285 hingga Pasal 294, Undang-Undang No. 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga, dan Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak. Jika kita lihat tindak pidana perkosaan diatur dalam pasal 285 KUHP dengan ancaman pidana maksimal 12 tahun. Namun berdasarkan penelitian indeksasi putusan hakim 2010-2015 MaPPI FHUI rata-rata hukuman bagi pelaku pemerkosaan adalah 5,2 tahun penjara dan untuk tindak pidana perbuatan cabul rata-rata hukuman adalah

---

25 Berdasarkan riset MaPPI tentang Kekerasan Seksual salah satunya dengan melakukan indeksasi putusan kasus-kasus kekerasan seksual sebanyak kurang lebih 300 putusan dimana penelitian dilakukan pada tahun 2016.

26 Berdasarkan data Komnas Perempuan jumlah kasus kekerasan seksual berdasarkan jenis pada tahun 1998-2010 dari 8.784 kasus kekerasan seksual, lebih dari 50% kasus kekerasan seksual adalah perkosaan.

27 Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, *note 25*. h.41-45..

28 Lihat PAF Lamintang, *ibid* h.41.

29 *ibid*, h. 41-45.

3,9 tahun. Padahal berdasarkan Survey Persepsi terkait Kekerasan Seksual yang dilakukan MaPPI FHUI terhadap 2040 responden mayoritas menghendaki hukuman maksimal berupa pidana penjara 10 tahun sampai 15 tahun untuk kasus-kasus kekerasan seksual.

Selain itu berdasarkan hasil penelitian Konsistensi Putusan Kasus Perkosaan yang dilakukan MaPPI FHUI ditemukan bahwa hakim cenderung menjatuhkan hukuman lebih berat jika korbannya adalah perempuan yang belum pernah berhubungan seksual dibanding apabila korbannya adalah perempuan yang sudah pernah berhubungan seksual sebelumnya. Jika korban belum pernah berhubungan seksual sebelumnya maka rata-rata vonisnya adalah 6 tahun penjara, sedangkan untuk perempuan yang sudah pernah berhubungan seksual sebelumnya rata-rata vonis adalah 3,6 tahun. Hakim masih memiliki stereotype terhadap riwayat seksual perempuan.[30] Melihat temuan tersebut, dapat dilihat bahwa aparat penegak hukum masih belum sensitif gender dan belum memberikan perhatian yang serius dalam menangani perkara kasus kekerasan seksual, selain itu hukuman yang dijatuhkan juga belum sesuai dengan harapan masyarakat.

Difabel Korban Kekerasan Seksual dalam Peradilan Pidana di Indonesia

Seperti dikatakan oleh penulis bahwa belum ada data spesifik mengenai bagaimana gambaran kasus kekerasan seksual yang dialami difabel, oleh karena itu untuk melihat bagaimana realitas difabel yang mengalami kasus kekerasan seksual, MaPPI FHUI melakukan riset terhadap 22 putusan dari tahun 2011-2015 dimana korban dari tindak pidana kekerasan seksual adalah difabel. Korban 100% adalah perempuan difabel. Jenis difabel yang paling banyak menjadi korban adalah difabel grahita yaitu sebanyak 59%, disusul dengan tuna rungu 14%, tuna rungu sekaligus tuna wicara

30 MaPPI FHUI, Asesmen Konsistensi Putusan Pengadilan Kasus-Kasus kekerasan Terhadap Perempuan, Depok: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2016, h.27-28.

dan tuna netra sebanyak 9%, autis 5%, tuna rungu sekaligus tuna wicara serta gangguan jiwa sebanyak 4%. Pelaku kekerasan seksual adalah orang yang dikenal korban yaitu 50% adalah tetangga korban, sisanya dilakukan oleh orangtua tiri, saudara tiri dan asing. Vonis rata-rata untuk tindak pidana kekerasan seksual terhadap korban difabel adalah 4 tahun dengan vonis tertinggi 11 tahun. Pendamping korban dipersidangan diketahui tidak didampingi pendamping sebanyak 5%, dengan pendamping 18%, didampingi oleh penerjemah 9% dan 68% tidak diketahui adanya pendamping. Korban yang memiliki pendamping mayoritas didampingi oleh orang terdekat atau keluarga. 59% perkara didampingi oleh penasehat hukum sementara sisanya tidak didampingi penasehat hukum. Sebanyak 82% persidangan juga tidak menghadirkan ahli dalam persidangan. Dari hasil riset tersebut menunjukkan bahwa aparat hukum masih belum memiliki kepekaan atau mungkin belum memahami bagaimana dalam menangani perkara difabel, dari rata-rata vonis yang hanya 4 tahun seharusnya hakim dapat melihat bahwa dengan korban yang difabel maka hal tersebut menjadi alasan pemberat bagi pelaku karena korban dalam keadaan tidak berdaya. Selain itu adanya pendamping dan kehadiran ahli seharusnya menjadi perhatian aparat penegak hukum dalam menangani perkara difabel.

Menurut Rifka Annisa *Woman Crisis Center,* pada kasus kekerasan yang menimpa perempuan difabel pada pengalaman yang ada selama ini sulit untuk mengungkap kasus dan tidak tuntas penyelesaiannya apalagi jika korban mengalami difabilitas ganda atau grahita dan rungu wicara. Ada beberapa temuan saat mendampingi perempuan difabel korban kekerasan seksual yaitu (a) mereka tidak melawan atau tidak membela diri, (b) mereka tidak memahami situasi kekerasan yang dialami hal ini untuk kondisi tertentu seperti retardasi mental sehingga mereka tidak memahami bahwa dirinya adalah korban kekerasan seksual, (c) mereka tidak memahami akibat perbuatan tersebut, (d) mereka tidak mengantisipasi atau menolak perbuatan yang sama baik oleh pelaku yang sama ataupun berbeda, (e) tidak ada respon emosi baik itu marah, benci, sedih, mungkin tidak ada ekspresi emosi negatif,

ekspresi emosi biasa saja atau bahkan ekspresi emosi positif seperti tertawa dan tersenyum, pada umumnya hanya merasa sakit secara fisik, (f) tidak memahami hak yang dimiliki. Beberapa kondisi diatas muncul untuk kondisi korban difabel retardasi mental tergantung kondisi tingkat intelegensianya, tidak muncul pada korban difabel fisik, penglihatan dan pendengaran.[31]

Ketika difabel menjadi korban pemerkosaan mereka kemungkinan besar tidak paham, apakah tindakan yang dilakukan ke mereka merugikan mereka, membuat malu, bahkan ada situasi dimana korban merasa ketagihan. Misalnya mereka di perkosa namun karena tidak mengerti perbuatan yang dilakukan kemudian mereka ketagihan dan diperkosa berulang kali, bahkan cenderung ketergantungan terhadap pemerkosa.[32] Menurut Rifka Annisa yang juga sering mendampingi difabel yang menjadi korban perkosaan dan/ atau kekerasan seksual lainnya beban yang dihadapi oleh korban perkosaan sangat berat dimana tindakan perkosaan sendiri telah merugikan fisik dan mentalnya dan bertambah berat ketika kasus dilaporkan ke polisi mereka harus menghadapi proses penyidikan yang melelahkan berat bagi korban karena harus menceritakan berulang-ulang mengenai kejadian tragis yang dialaminya. Proses pengadilan juga biasanya berlangsung cukup lama, belum lagi korban harus berhadapan dengan *pertanyaan* hakim, jaksa serta pengacara *yang* seringkali menyudutkan korban.[33]

Salah satu kasus yang didampingi Sasana Integrasi dan Advokasi Difabel (SIGAB) yaitu kasus Bunga (bukan nama sebenarnya) yang terjadi di Sukoharjo dengan Nomor putusan 224/Pid.B/ 2013/PTSmg dimana Bunga adalah seorang *triple* difabel yaitu tuna rungu, tuna wicara dan mengalami retardasi mental. Umurnya sudah mencapai 22 tahun namun umur mentalnya setara dengan usia 9 tahun. Ia menjadi korban pencabulan oleh gurunya yang bernama Oktober Budiawan.

---

31 Rifka Annisa dikutip dalam Sentra Advokasi Perempuan, Difabel dan Anak (Sapda), Penanganan Kekerasan Terhadap Perempuan Difabel, dalam Buletin Difabel Sapda Jogja, Edisi XXIV Th XI Maret 2012, h.5.

32 Choky Ramadhan,et.al, *note* 14, h. 89.

33 Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, *note* 25, h.78.

Pencabulan dan perkosaan yang dilakukan oleh gurunya terjadi sebanyak 6 kali yang dilakukan di ruang kelas dan rumah kontrakan. Oktober mengancam akan melukai Bunga jika memberitahukan hal tersebut kepada orang lain. Ayah korban melaporkan kasus ke Sentra Pelayanan Kepolisian Terpadu Polres Sukoharjo dan proses penyidikan membutuhkan waktu yang lama. Aparat penegak hukum tidak melakukan *assessment* ahli dan dalam proses penyidikan cenderung mengabaikan sisi psikis Bunga sebagai korban sehingga Bunga mengalami stress dan trauma. Setelah penyidik melengkapi BAP maka pelaku disangkakan dengan Pasal 285 KUHP, 289 KUHP, 294 KUHP. Namun penyidik tidak menggunakan Undang-Undang Perlindungan Anak walaupun usia mental korban adalah 9 tahun dengan alasan definisi anak dalam UUPA adalah usia kalender.

Saat persidangan Bunga didampingi oleh pendamping dan penerjemah dan terkadang hakim juga bertanya kepada korban secara tertulis. Korban memberikan kesaksian di persidangan berulangkali hingga 3 kali hal tersebut membuat korban lelah. Hakim juga tidak percaya bahwa korban mengalami trauma karena ia sering tersenyum, untuk membuktikan saksi korban trauma dengan terdakwa harus dibuktikan terlebih dahulu dipersidangan. Hakim baru yakin jika korban trauma jika saksi korban menangis dan menangisnya korban inilah yang dijadikan hakim untuk mengeluarkan terdakwa dari persidangan. Korban menangis bukan hanya karena bertemu pelaku tapi juga karena prosedur sidang dilakukan secara kaku dan tidak memperhatikan kebutuhan korban.

Selain itu jadwal sidang yang tidak pasti juga menjadi masalah, bisa kita bayangkan secara fisik dan psikologis korban mengalami kelelahan menghadapi proses persidangan. Setelah menjalani proses sidang akhirnya pelaku divonis 8 tahun 6 bulan namun pasal yang terbukti adalah pasal tentang pencabulan dengan alasan tidak ada satupun saksi yang melihat secara langsung perbuatan terdakwa sehingga keterangan tersebut hanyalah testimonium de auditu. Padahal sudah ada keterangan ahli yang membuktikan bahwa penyebab robeknya selaput dara korban disebabkan masukknya

alat kelamin terdakwa. Akhirnya terdakwa mengajukan upaya banding dan hakim pengadilan tinggi menambah hukumannya menjadi 10 tahun penjara.[34] Bunga seharusnya tidak hanya dilihat sebagai korban tindak pidana namun ia juga merepresentasikan perempuan, difabel dan anak yang menjadi korban tindak pidana yang memiliki hak khusus karena termasuk kelompok rentan. Aparat penegak hukum juga seharusnya tahu bahwa korban adalah korban dari tindak pidana yang disertai kekerasan sehingga menyebabkan trauma, ketakutan dan depresi sehingga seharusnya proses persidangan harus berdasarkan kepentingan dan kebutuhan korban.[35]

Dari kasus Bunga ini bisa dilihat bahwa aparat penegak hukum masih belum memahami difabel, apa hambatan, bagaimana cara berkomunikasi dan kebutuhannya dalam menjalani proses peradilan. Beberapa permasalahan lainnya yang bisa ditemukan ketika difabel berhadapan dengan hukum adalah penyidik terkadang masih enggan untuk memproses suatu perkara karena sulitnya pembuktian, penyidik menganggap difabel tidak bisa menjadi saksi atau memberikan keterangan karena ia seorang difabel misalnya ketika korban difabel netra maka tidak diproses laporannya dengan alasan korban tidak bisa melihat pelaku pemerkosaan.[36] Berdasarkan Hasil Penelitian Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret ditemukan beberapa kasus perkosaan yang dialami difabel harus terhenti karena beberapa hal misalnya karena korban mengalami hambatan komunikasi, diselesaikan dengan kekeluargaan, korban tidak mengalami trauma, kekurangan alat bukti, dan alasan lain.[37] Di persidangan penegak hukum juga meragukan keterangan dari difabel karena jawaban yang diberikan

---

34 Salah satu kasus yang didampingi oleh Purwanti dari Sigab dalam M.Syafi'ie, Purwanti dan Mahrus Ali, *note 15,*,h. 46-72.

35 *Ibid*, h.92-94

36 Eko Riyadi, et al, *Aksesibilitas Peradilan Bagi Penyandang Disabilitas*, Pusham UII,Yogyakarta 2015, h.4

37 Berdasarkan ringkasan hasil penelitian Lomba Karya Tulis Mahasiswa Nasional Mahkamah Agung 2013 dengan judul "Menggagas Bantuan Hukum Terhdap Kaum Difabel Korban Tindak Pidana: Upaya Mewujudkan Access to Justice", dalam *ibid*,h.7.

misalnya oleh difabel retardasi mental tidak jelas dan juga berbagai pertanyaan yang justru menyudutkan korban.[38]

Selain belum lengkapnya fasilitas fisik seperti *ramp, guiding block*, toilet khusus difabel, dan lainnya, fasilitas non-fisik seperti tersedianya penterjemah dan ahli juga belum menjadi perhatian dalam setiap proses peradilan. Dalam riset MaPPI FHUI ditemukan beberapa putusan yang tidak menyebutkan keberadaan penerjemah dalam persidangan. Putusan ini sangat rawan akan terjadinya pelanggaran hak. Kehadiran akan pendamping hukum dibutuhkan dimana kehadirannya diharapkan dapat mengerti situasi dan kondisi korban. Pendamping hukum juga dapat mengkomunikasikan jalan keluar ketika ada persoalan mengenai mekanisme hukum yang cenderung kaku, prosedural dan tidak memahami kondisi korban. Selain itu pendamping juga diharapkan mampu memperjuangkan hak-hak korban saat menjalani proses peradilan. Bagaimana hakim dapat memutus suatu perkara dengan benar dan seadil-adilnya jika saksi korban adalah seorang difabel rungu dan/atau wicara yang bahkan dalam memberikan kesaksian tidak dimengerti oleh oleh majelis hakim?[39] Keberadaan penerjemah ini membantu hakim dan jaksa dalam berkomunikasi di persidangan dengan korban dimana penegak hukum ketika sedang menangani perkara wajib menggali dan mengerti keterangan yang disampaikan oleh saksi korban maupun pelaku.[40]

Dalam KUHAP tidak mengakomodir kebutuhan bagi korban atau saksi difabel misalnya dalam Pasal 51, Pasal 53, Pasal 178 menetapkan kewajiban adanya penterjemah bagi pelaku yang difabel dan belum memberikan perhatian terhadap korban dan saksi difabel. Hak atas penterjemah bagi korban dan saksi baru diakomodir kemudian oleh Undang-Undang No. 31 Tahun 2014 tentang Perlindungan Saksi dan Korban. Menurut M. Syafi'ie ada empat permasalahan hukum yang mengakibatkan sistem hukum Indonesia masih diskriminatif terhadap difabel, yaitu substansi hukum yang mencederai kemanusiaan, kurang progresifnya para

38 *Ibid*, h..22.
39 Choky Ramadhan, et.al, *note* 14, h. 24.
40 Ibid, h.32-33.

aparat penegak hukum, belum tersedianya sarana dan prasana yang aksesibel, dan budaya hukum yang lemah.[41] Aparat penegak hukum masih bingung dan pemahamannya masih sangat minim mengenai difabel bahkan tak jarang melakukan pengabaian karena stigma negatif. Dalam beberapa kasus masih ditemukan ketika difabel menjadi korban suatu tindak pidana, aparat penegak hukum terkesan "malas" dan kesulitan dalam merekonstruksi hukum dengan alasan kesulitan untuk menggali keterangan dari korban sehingga proses hukum tidak dilanjutkan. Aparat penegak hukum mungkin lupa bahwa korban, siapapun dia, seperti apapun kondisi fisik dan mentalnya, mereka adalah manusia yang berhak atas perlindungan dan mendapatkan proses peradilan yang fair. Menjadi kewajiban negara untuk melindungi hak asasi manusia warga negaranya, siapapun dia.[42]

Ada tiga hambatan yang dihadapi difabel dalam peradilan pidana yaitu berupa sarana fisik, non-fisik dan prosedur beracara bagi difabel. Sarana fisik diantaranya penyediaan *ramp, guiding block, braille, video-audio* dan sebagainya. Sedangkan akses non fisik yaitu adanya penterjemah, ahli, adanya etika berinteraksi, dan lainnya. Ketiga hambatan tersebut belum sepenuhnya tersedia sehingga mengakibatkan difabel yang berhadapan dengan hukum mengalami diskriminasi.[43] Ketidaktersediaan fasilitas-fasilitas tersebutlah yang membuat hambatan-hambatan ketika difabel harus berhadapan dengan hukum dan membuat difabel tidak dapat menikmati hak yang seharusnya diperolehnya seperti mendapatkan akses untuk dapat menjalani proses peradilan dengan nyaman, bisa mengerti apa yang terjadi ketika proses peradilan berjalan, memperoleh pendamping sejak di kepolisian hingga persidangan, diperiksa oleh aparat yang memahami difabel dan hak lainnya.

Ketika difabel menjadi korban tindak pidana, seringkali mereka tidak menyadari bahwa mereka sedang menjadi korban. Oleh karenanya hukum menjadi sangat penting untuk diakomodir sehingga dapat mengambil peran untuk memenuhi hak-hak difabel

41 *Ibid,* h.20.
42 *Ibid*, h.21.
43 *Ibid*, h. 38.

terutama ketika berhadapan dengan hukum.[44] Jika aparat penegak hukum tidak memiliki sensitivitas terhadap difabel dan memberikan bantuan fasilitas bagaimana mungkin sistem peradilan pidana dengan berbagai tahapan-tahapan dan prosedur yang kaku, berbelit-belit menghendaki agar difabel memberikan keterangan dengan sebenar-benarnya tentang yang mereka alami? Sementera mereka memiliki keterbatasan misalnya retardasi mental, atau tuli atau difabel netra? Pada akhirnya difabel yang menjadi korban seperti terlupakan dalam sistem peradilan pidana.[45]

Mekanisme Perlindungan Perempuan Difabel dalam Sistem Peradilan Pidana

Perlindungan bagi difabel telah dijamin dalam beberapa aturan baik internasional dan nasional diantaranya adalah Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang HAM, ICCPR, KUHAP, UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi Korban. Hak saksi atau korban diantaranya adalah (1) memperoleh perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga dan bebas dari ancaman yang berkaitan dengan kesaksian yang diberikannya, (2) hak memberikan keterangan tanpa tekanan, (3) hak mendapatkan penerjemah, (4) hak bebas dari pertanyaan menjerat, (5) hak untuk mendapatkan informasi mengenai putusan. Dalam Undang-Undang No. 18 Tahun 2016 disebutkan aksesibilitas adalah kemudahan yang diberikan kepada difabel untuk mewujudkan kesamaan kesempatan dalam segala aspek kehidupan dan penghidupan.

Dalam *declaration on The Rights of Disable Persons* tahun 1975 menyebutkan bahwa difabel berhak atas upaya dari pihak lain yang memudahkan mereka untuk menjadi mandiri atau tidak bergantung pihak lain. Pasal 5 *Standar Rules on The Equalization of Opportunities for Person with Disabilities* menegaskan bahwa negara harus mengakui dan menjamin aksesibilitas melalui program-program aksi untuk

44 M. Syafi'ie, Purwanti, Mahrus Ali, *note* 15*,* h.20.
45 *Ibid.*

mewujudkan aksesibilitas fisik dan melakukan upaya untuk memberikan akses terhadap informasi dan komunikasi. Negara harus melakukan tindakan untuk menghilangkan hambatan-hambatan fisik difabel termasuk membuat kebijakan dan hukum yang mengatur dan menjamin akses ke semua lingungan fisik.[46]

Hak difabel diantaranya adalah hak untuk mendapat pendamping, hak untuk mendapatkan penerjemah, hak untuk mendapatkan ahli, hak untuk diperiksa oleh penyidik, jaksa, hakim yang memahami difabel, hak untuk mendapatkan pertanyaan yang tidak menjerat atau merendahkan sifat dasar difabel, hak untuk diberitahu perkembangan kasus, hak untuk mendapatkan informasi tentang putusan yang dijatuhi hakim. Ketujuh hak tersebut adalah kebutuhan dasar difabel yang menjadi korban suatu tindak pidana.[47]

Terhadap korban difabel, temuan-temuan kasus yang dipaparkan sebelumnya menggambarkan bagaimana ketidaktahuan akan kondisi difabel oleh APH cendrung mendiskriminasikan difabel. Dalam hal ini, APH seharusnya berprinsip untuk menegakkan prinsip peradilan yang *fair* terhadap difabel baik sebagai pelaku, saksi ataupun korban. Dalam Pasal 14 Kovenan Sipol, prinsip peradilan yang fair melingkupi, (1) persamaan di hadapan badan peradilan, (2) hak praduga tak bersalah, (3) adanya jaminan terhadap informasi tuduhan yang dikenakan, diadili tanpa penundaan, diberi fasilitas yang memadai dalam melakukan pembelaan, mendapatkan bantuan penerjemah, (4) mempertimbangkan usia mereka, dan (5) berhak melakukan peninjauan kembali.

Dalam pemenuhan prinsip tersebut, difabel seringkali bermasalah terhadap aksesibilitas yang diberikan. Seperti contohnya, seringkali difabel tidak diketahui adanya pendamping selama proses peradilan. Data riset MaPPI-FHUI (2016), menujukan 68% kasus yang melibatkan difabel tidak diketahui

---

46 Titiana Adinda, Menggugat Kebijakan dan Pengadaan Fasilitas Umum untuk Difabel, dalam Jurnal Perempuan vol.65 Tahun 2010 "*Mencari Ruang untuk Difabel*", h.81.

47 *Ibid*, hal.37.

adanya pendamping atau tidak. Selain itu, hanya 9% perkara yang menunjukan kehadiran penerjemah.[48] Posisi difabel sebagai korban seringkali menjadi lebih berat. Korban kekerasan seksual cenderung akan mengalami trauma, atau kerap kali posisinya menjadi lebih inferior, terutama jika korbannya perempuan difabel. Sejauh ini peraturan perundang-undangan hanya mewajibkan bantuan hukum secara cuma-cuma terhadap pelaku. Sehingga pada konteks difabel sebagai korban, peran Jaksa sangatlah krusial, karena Jaksa sebagai pihak yang mewakili korban dalam perkara pidana. Mereka harus memastikan aksesibilitas dan fasilitas yang memadai pada korban difabel, agar hak dan kewajiban mereka dapat dilaksanakan dengan baik dan memadai.

Dalam mendampingi difabel, APH tidak dapat bekerja sendiri. Mereka membutuhkan bantuan dari profesi lain, seperti psikolog. Keberadaan psikolog sangatlah penting, karena APH tidak dilatih untuk mendalami permasalahan psikologis ataupun psikososial. Keberadaan psikolog akan sangat membantu APH untuk menentukan standar baku ataupun *profile assesment* terhadap difabel. Sehingga kebutuhan akan kondisi difabel bisa dipersiapkan dan diketahui sejak awal proses perkara. Apalagi keberadaan psikolog dapat membantu Hakim untuk memastikan tidak adanya *unfair* dan *miscarriage of justice* terhadap difabel intelektual, termasuk menentukan usia mental difabel intelektual.[49]

Perkara difabel seringkali tidak diproses karena sulit dalam pembuktian hal tersebut terjadi karena APH seringkali menafsirkan ketentuan KUHAP terhadap saksi hanya yang melihat, mendengar, atau merasakan peristiwa langsung. Hal ini perlu diperjelas oleh Kepolisian, Kejaksaan dan Pengadilan jangan sampai penafsiran yang cenderung formalistik berdampak tidak terpenuhinya keadilan bagi korban.

Selain itu, pembuktian yang hanya berdasarkan laporan korban perlu dicari alternatif lainnya. Kondisi korban kekerasan seksual cenderung trauma dan ketakutan untuk menceritakan kasusnya,

---

48 Data putusan ini merupakan data perkara dari tahun 2011-2015, berdasarkan putusan yang diupload di website https://putusan.mahkamahagung.go.id/

49 Choky R. Ramadhan, et al, *note 14*,h. 95-96.

apalagi jika pelaku merupakan orang terdekat atau memiliki relasi kuasa yang lebih kuat. MaPPI-FHUI (2016) menemukan 84% pelaku kekerasan seksual merupakan orang yang dikenal korban. Mengingat saat ini sedang dibahas RUU Penghapusan Kekerasan Seksual (RUU PKS), maka penting untuk memasukkan aturan yang bisa mencegah adanya streotipe seperti itu. Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) bisa merujuk pada aturan *Rape Shield Laws* di Amerika Serikat. Pada aturan tersebut melarang adanya penggunaan pengalaman, sejarah, atau reputasi seksualitas korban dalam pembuktian sistem peradilan pidana. Tujuannya agar mendorong para korban yang seringkali khawatir dan takut untuk melaporkan kasus kekerasan seksual yang menimpa mereka.[50]

Penggunaan pembuktian melakukan tes forensik bisa menjadi pertimbangan lainnya, pembuktian menggunakan metode ini bisa menjadi alat bukti yang kuat bagi APH dalam menangkap pelaku. Apalagi metode ini bisa meminimalisir adanya salah tangkap oleh APH. Namun, perlu disadari metode ini perlu didukung pemerintah baik secara aspek legal dan pendanaan. Di Amerika Serikat, pemerintah semenjak tahun 1990an, penggunaan metode forensik dijamin dengan adanya *The Violence Against Women Acts* dan disertai bantuan dana yang memadai.[51]

Perubahan kebijakan melalui peraturan perundangan sangatlah penting, hal ini dikarenakan pemicu utama diskriminasi dan marjinalisasi seringkali terjadi karena adanya prilaku streotipe dan prejudisme dari kalangan awam, intelektual hingga penguasa. Menurut Saharuddin Daming, hal yang paling berbahaya jika sikap tersebut lahir dari penguasa, sehingga menghasilkan kebijakan yang bias hak asasi manusia, dan implementasi kebijakan akan cendrung diskriminasi.[52]

Selain itu, instansi penegak hukum perlu meningkatkan kapasitasnya mengenai kondisi difabel dan cara berinteraksinya.

---

50 Alida V. Merlo dan Joycelyn M. Pollock, *note* 19*,* h. 154.

51 *ibid,*h. 153.

52 Saharuddin Daming (2013) dikutip di dalam Fajri Nursyamsi, et al, *Kerangka Hukum Disabilitas di IndonesiaL Menuju Indonesia Ramah Disabilitas,* (Jakarta: PSHK, 2015), h. 13.

Sehingga minimnya sensitivitas diharapkan bisa teratasi dengan adanya kegiatan tersebut. Dalam kegiatan ini, institusi penegak hukum bisa bekerja sama dengan kampus, psikolog, serta *Non Government Organization* (NGO) yang memiliki keahlian di isu difabel. Apalagi peran masyarakat sipil dalam meningkatkan pemahaman masyarakat soal difabel bisa dilihat dari adanya program desa inklusif yang dilaksanakan oleh NGO SIGAB di Yogyakarta.

Kesimpulan

Setiap difabel adalah pribadi yang memiliki hak yang melekat pada harkat dan martabatnya, oleh karenanya harus diakui secara legal formal akan hak-hak tersebut. Sistem peradilan pidana Indonesia saat ini masih kurang memperhatikan aspek perlindungan terhadap perempuan difabel. Tidak jarang perempuan difabel, terutama yang menjadi korban tidak mendapatkan peradilan yang adil dalam perkara mereka. Kondisi ini juga dilatarbelakangi dengan minimnya pemahaman APH terhadap posisi difabel.

Oleh karena itu, kedepannya perlu ada perubahan baik secara legalistik maupun perspektif dari APH terhadap kondisi difabel. Pertama, perubahan istilah dari penyandang disabilitas menjadi difabel merupakan salah satu hal yang penting untuk merekonstruksi ulang posisi difabel bukan lagi sebagai pihak yang harus dikasihani dan didiskriminasikan, melainkan pihak yang setara dengan orang lain yang non-disabilitas. Perubahan makna ini sejalan dengan konsep sosial model, yang mengedepankan kondisi sosial yang menghilangkan batasan baik fisik maupun non-fisik terhadap difabel untuk berpartisipasi penuh dalam kehidupan sosial dan masyarakat.

Berikutnya, perlu ada aturan pada penanganan perkara kekerasan seksual yang mengdepankan perlindungan terhadap perempuan dan difabel. Aturan seperti penggunaan metode forensik, *rape shield law,* pelibatan psikolog dalam melakukan *profil assesment,* kesaksian difabel, serta aksesibillitas lainnya perlu dibahas dalam perubahan aturan undang-undang. Saat ini Pemerintah dan

DPR sedang melakukan pembahasan terhadap RUU KUHP, KUHAP dan PKS, momentum tersebut bisa dijadikan sarana untuk membahas perlindungan terhadap perempuan difabel. Namun yang perlu diperhatikan, dalam pembahasan RUU tersebut tidak bisa hanya berdiskusi dengan para ahli hukum. Peran profesi lain seperti psikolog dan masyarakat sipil perlu dilibatkan. Sehingga pembahasan tersebut bisa menyentuh juga aspek psikologis dan biologis difabel dengan data yang empirik, harapannya aturan yang baru akan sesuai dengan kondisi dan kebutuhan difabel.

Daftar Pustaka

Buku

Clements, Luke dan Janet Read, *Disabled People and the Right to Life (the Protection and Violation of Disable People's Most Basic Human Rights,* New York: Routledge, 2008.

Eddyono, Supriyadi Widodo dan Ajeng Gandini Kamilah,*Aspek-Aspek Criminal Justice bagi Penyandang Disabilitas,* Jakarta: ICJR, 2015.

Merlo, Alida V. dan Joycelyn M. Pollock, *Women, Law, and Social Control* 2nd edition, Boston: Pearson Education, Inc., 2006.

Nursyamsi, Fajri, et al, *Kerangka Hukum Disabilitas di Indonesia Menuju Indonesia Ramah Disabilitas,* Jakarta: PSHK, 2015.

Ramadhan, Choky R. *et al*, *Difabel Dalam Peradilan Pidana (Analisis Konsistensi Putusan)*, Depok: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2016.

Riyadi, Eko, *Aksesibilitas Peradilan bagi Penyandang Disabilitas,* Yogyakarta: Pusham UII, 2015.

Syafi'ie, M., Purwanti,dan Mahrus Ali, *Potret Difabel Berhadapan dengan Hukum Negara),* Sleman: SIGAB, 2014.

Wahid, Abdul dan Muhammad Irfan, *Perlindungan Terhadap Korban Kekerasan Seksual: Advokasi atas Hak Asasi Perempuan*, refika Aditama: Bandung, 2001.

Jurnal/Paper

Atkins, C.G.K., "A Cripple at a Rich Man's Gate: A Comparison of Disability Employment and Anti-Discrimination Law in the United States and Canada", *Canadian Journal of Law and Society,* Volume 21 No.2, 2006.

Barnes, Elizabeth, "Valuing Disability, Causing Disability", *The University of Chicago Press Journals,* Vol. 125, No. 1, October 2014.

Sullivan, Kathryn, "*The Prevalence of the Medical Model of Disability in Society, 2011 AHS Capstone Project,* Project Paper 12.

Artikel

Sentra Advokasi Perempuan, Difabel dan Anak (Sapda), Buletin Difabel Sapda Jogja, Edisi XXIV Th XI Maret 2012.

Sentra Advokasi Perempuan, Difabel dan Anak (Sapda), Buletin Difabel Sapda Jogja, Edisi IX Th X Juni 2010.

Sentra Advokasi Perempuan, Difabel dan Anak (Sapda), dalam buletin Difabel Sapda Jogja, edisi VI Th X Maret 2010.

Nurherwati, Sri, Kekerasan Seksual: Dimana Tanggung Jawab Negara, Buletin Perempuan bergerak Edisi I/Januari-Maret 2012.

----------, "Mencari Ruang untuk Difabel", Jakarta: Yayasan Jurnal Perempuan, vol.65 Tahun 2010.

Catatan Tahunan Komnas Perempuan, Jakarta: Komnas Perempuan, 2015.

Internet

Biro Pusat Statistik, *Survey Sosial Ekonomi Nasional,* dikutip di Kementerian Sosial RI, http://www.kemsos.go.id/modules.php?name=News&file=article&sid=18765 yang diakses pada 6 Februari 2017

*David Crabtree, "Models of Disability",*http://englishagenda.britishcouncil.org/sites/ec/files/Models%20of%20disabily.pdf,diakses pada tanggal 1 February 2017

Undang-Undang dan Konvensi Internasional

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2016 tentang Penyandang Disabilitas (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 69 (Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5871).

Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang HAM (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165, (Tambahan lembaran Negara Nomor 3886)

Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara republik Indonesia Tahun 1982 Nomor 76 (Tambahan lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209)

UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi Korban (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 nomor 64 (Tambahan lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4635)

Undang-Undang No. 19 Tahun 2011 Tentang Pengesahan Convention On The Rights Of Persons With Disabilities (Konvensi Hak-Hak Penyandang Disabilitas)(Tambahan Lembaran negara Republik Indonesia Nomor 5251).

Deklarasi tentang Penghapusan Kekerasan Terhadap Perempuan Perserikatan Bangsa-Bangsa 20 Desember 1993.

Problematika Pemenuhan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat

Siti Khoiriah dan Rudi Wijaya

Pendahuluan

Keberadaan Masyarakat Hukum Adat (MHA) tidak dapat dipandang sebelah mata. Secara historis, MHA merupakan entitas masyarakat yang telah ada sebelum Indonesia diproklamirkan. Selain itu, secara ekologis, MHA yang saat ini masih hidup terbukti menjadi penjaga alam dan lingkungannya.[1] Karenanya, MHA memiliki keterikatan kuat yang sifatnya multidimensi dengan tanah dan wilayahnya. Bagi MHA, tanah bukan sekadar sumber ekonomi. Tanah merupakan bagian tidak terpisahkan dari keseluruhan kehidupan masyarakat hukum adat. Hal tersebut terwujud dalam beragam ritual adat dilaksanakan sebagai bentuk relasi spiritual MHA dengan alam lingkungannya.[2]

Secara konstitusional, MHA telah memiliki jaminan konstitusional dalam UUD 1945. Pasal 18B Ayat (2) menyatakan bahwa:

> Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan Masyarakat Hukum Adat beserta hak-hak tradisionalnya

---

1 Hal ini berkaitan erat dengan kearifan lokal yang senantiasa dimiliki oleh tiap-tiap MHA, semisal pada MHA di Kampung Kuta, Ciamis yang pada tahun 2002 mendapatkan penghargaan Kalpataru berkat presatsinya menjaga kelestarian hutan lindung (*leuweung gede*), dalam Iman Hilman, 2011. *Kearifan Lokal Masyarakat Hukum Adat Kampung Kuta dalam Melindungi dan Mengelola Lingkungan Hidup*, dalam Prosiding Konferensi Internasional Budaya Sunda Jilid 2. Bandung: Yayasan Kebudayaan Rancage. Hlm. 1.

2 Inkuiri Nasional Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2016. *Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Wilayahnya di Kawasan Hutan.* Jakarta, Komnas HAM. Hlm. 25

sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

Secara tegas rumusan pasal tersebut memberikan tanggung jawab kepada negara untuk mengakui dan menghormati kesatuan MHA lengkap dengan hak-hak tradisional yang dimilikinya, sekaligus memberikan *barrier* terhadap MHA yang dapat menerima pengakuan dan penghormatan tersebut, yakni selama masih ada, sesuai dengan perkembangan masyarakat, dan sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia. Kedua ketentuan tersebut, masih menurut pasal yang sama, pengaturannya akan dimuat dalam undang-undang.

Konsepsi mengenai MHA sendiri tidak hanya dikenal di Indonesia. Dunia Internasional mengenai MHA dengan istilah *indigenous people* yang sebetulnya lebih merujuk pada pengertian masyarakat asli suatu daerah. Instrumen hukum internasional mengenai *indigenous people* ini sendiri berbentuk Deklarasi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hak-Hak Masyarakat Adat (*United Nations Declation on the Rights of Indogenous Peoples*) yang disahkan di New York, pada 13 September tahun 2007. Deklarasi ini menggariskan hak individual dan kolektif para penduduk asli (pribumi), dan juga hak mereka terhadap budaya, identitas, bahasa, pekerjaan, kesehatan, pendidikan dan isu-isu lainnya, juga menekankan hak mereka untuk memelihara dan memperkuat institusi, budaya dan tradisimereka, dan hak mereka akan pembangunan untuk memenuhi kebutuhan dan aspirasi mereka. Deklarasi ini juga melarang diskriminasi terhadap penduduk asli, dan memajukan partisipasi mereka secara penuh dan efektif dalam segala hal yang menyangkut masalah mereka, serta hak mereka untuk tetap berbeda, dan mengusahakan visi pembangunan ekonomi dan sosial mereka sendiri.[3]

Jaminan konstitusional sebagaimana disebutkan sebelumnya, dalam kenyataan tidak serta merta menjadikan MHA mendapatkan hak-hak konstitusionalnya. Upaya pemenuhan hak konstitusional

3 http://referensi.elsam.or.id/2014/10/deklarasi-pbb-tentang-hak-hakmasya-rakat-adat/ diakses pada 31 Oktober 2017 pukul 06:24 wib

MHA mulai dari tahap pengaturan sampai pada tahap implementtasinya mengalami banyak sekali problem. Dengan menggunakan pendekatan sosio legal, tulisan ini berusaha menelaah problematika yang dihadapi terkait dengan upaya pemenuhan hak konstitusional MHA dengan berkaca pada kasus-kasus yang pernah terjadi.

Universalisme vs. Relativisme

Keberadaan MHA sejak awal telah memiliki berbagai penafsiran bila dilihat dari berbagai sudut pandang. Di bidang hukum missalnya, para peminat studi hukum di Indonesia akan menggunakan istilah "hukum" diantara masyarakat dan adat, sehingga menjadi masyarakat hukum adat. Bagi peneliti sosial, nampaknya istilah hukum tersebut terlalu mengikat MHA pada satu aspek, sehingga lebih banyak digunakan istilah Masyarakat Adat. Belum pula termasuk pendapat-pendapat lain dengan beragam istilah lain beserta argumentasi penggunaannya.

Ada yang menempatkan MHA sebagai satuan masyarakat istimewa karena keterikatannya yang kuat dengan asal-usul suatu negara, sehingga MHA perlu diberikan kekhususan seperti nama tersendiri; "desa adat, masyarakat hukum adat" yang diatur dalam produk hukumyang menyatakan kekhususan dalam hal ini ketradisionalannya.Pemahaman tersebut bila ditelurusi akan berakar pada doktrin *cultural relativism*. (relativisme budaya) Pemahaman yang diajarkan dalam doktrin ini adalah bahwa budaya merupakan satu-satunya keabsahan hak atau kaidah moral, sehingga hak asasi harus dipahami dari konteks kebudayaan dari masing-masing negara.[4]

Relativisme budaya menempatkan nilai-nilai kebudayaan, adat, kearifan lokal sebagai suatu yang sakral tanpa kehilangan fungsi aplikatifnya dalam masyarakat, sehingga keberadaannya harus dijaga dan dipertahankan dari satu generasi ke generasi selanjutnya. Implikasinya, MHA dalam pemahaman relativisme budaya akan

[4] Knut D. Asplund, dkk (editor), 2008. *Hukum Hak Asasi Manusia*. Yogyakarta:PUSHAM UII. Hlm. 20.

ditempatkan sebagai entitas yang sakral pula, yang dalam konteks regulasi sangat mungkin untuk dijadikan suatu objek yang lepas dari kuasa MHA itu sendiri, misalnya dijadikan sebagai objek wisata[5], dan sebagainya.

Ada pula yang menganggap tidak perlu menempatkan MHA sebagai kesatuan masyarakat hukum yang dikhususkan. Baik MHA maupun masyarakat hukum pada umumnya dianggap sebagai entitas masyarakat yang sama-sama hidup saat ini, dan harus dipandang sebagai entitas yang setara. Pemikiran yang seperti ini erat dengan doktrin kontemporer universalisme yang dikembangkan oleh Aristoteles.[6] Pemahaman ini menempatkan hak-hak manusia sebagai sesuatu yang universal sehingga mengarah pada kode-kode moral universal. Pada akhirnya, budaya-budaya primitif akan berkembang untuk kemudian memiliki sistem hukum dan hak yang sama dengan budaya Barat.[7] Argumentasi universalis ini, bila dimaknai secara mendalam, hendak menunjukkan bahwa doktrin relativisme budaya merupakan pemahaman yang sangat etnosentris, yang pada akhirnya menyulitkan entitas negara untuk masuk dan memberikan pengaturan terhadap MHA.

Secara normatif-konstitusional sebagaimana telah dibahas di awal tulisan, MHA telah disinggung dalam UUD NRI Tahun 1945. Bila memperhatikan rumusan pasalnya, terdapat istilah "hak tradisional" sebagai sesuatu yang melekat pada MHA, yang artinya juga harus mendapat pengakuan dan penghormatan dari negara. Hak tradisional ini, secara sederhana dapat dirumuskan sebagai hak yang ditemukan hanya pada lingkungan MHA masing-masing, yang

---

5 Contoh ini pada satu sisi merupakan upaya pemerintah untuk meningkatkan geliat perekonomian di wilayah MHA, namun di sisi lain dapat memicu ketidaksepahaman dengan MHA yang bersangkutan. Kasus semacam ini pernah terjadi misalnya di Kampung Naga, Tasikmalaya, dalam Amin Mudzakkir, 2011, *Revivalisme Masyarakat Adat dalam Politik Lokal di Indonesia Pasca Soeharto: Studi Kasus Komunitas Kampung Naga, Tasikmalaya, Jawa Barat*, dalam Jurnal Masyarakat dan Budaya Volume 13 No. 1, 2011. Hlm. 167-183.

6 Knut D. Asplund, dkk (editor), 2008. *Hukum Hak Asasi Manusia*. Yogyakarta: PUSHAM UII. Hlm. 19.

7 Knut D. Asplund, dkk (editor), 2008. *Hukum Hak Asasi Manusia*. Yogyakarta: PUSHAM UII. Hlm. 19.

tidak ditemukan pada masyarakat umum maupun MHA lain, serta diturunkan oleh leluhur MHA yang bersangkutan.

Hak masyarakat secara umum yang dalam istilah baku dikenal dengan hak asasi manusia, secara otomatis masuk pada hak MHA sebagai bagian dari masyarakat Negara Republik Indonesia, namun hak tradisional MHA bukan menjadi bagian dari hak warga negara secara umum, karena hanya ditemukan dalamkehidupan suatu MHA tertentu saja. Keberadaan hak tradisional ini, secara tersirat telah menunjukkan bahwa negara mengakui dan menghormati MHA sebagai satuan yang memiliki karakteristik sendiri-sendiri dan menempatkannya sehingga terjalin pemahaman yang bersifat relatif.

Apabila dikaitkan dengan keberadaan MHA, Perdebatan mengenai universalisme dan relativisme secara fundamental berakar pada sumber nilai dan moralitas. Paham universalisme, menempatkan kultur/budaya bukan sebagai sumber moralitas yang valid, karena sifat moralitas tersebut justru bersifat universal. Sebaliknya, paham relativisme, menempatkan budaya yang berlaku lokal sebagai sumber utama dari nilai dan moralitas.[8] Lantas, dalam konteks MHA di Indonesia, pemahaman mana yang telah diterapkan serta lebih cocok untuk diterapkan?

Pendapat penulis sendiri, dalam konteks Indonesia, Nampaknya pemahaman yang tepat digunakan adalah doktrin relativisme budaya. Hal ini berkaitan dengan aspek kesejarahan Indonesia yang memiliki dinamika sangat panjang, serta kondisi kekinian yang beragam sebagaimana didalilkan oleh para pendiri bangsa dengan sesanti *Bhinneka Tunggal Ika*. Aspek historis inilah yang perlu dijadikan sebagai dasar filosofis bahwa, apa yang terjadi di masalaluakan memberikan arahan terhadap langkah yang dapat diambil di masa mendatang. Fakta historis sendiri telah menunjukkan bahwa Indonesia merupakan negara yang majemuk dan beragam.Keberagaman inilah yang perlu diakui dan dihormati oleh sistem hukum positif negara. Sehingga, bilapun perlu penyeragaman, yang perlu diseragamkan atau diuniversalkan adalah

8 Jack Donnelly, 1984. *Cultural Relativism and Universal Human Rights*, dalam Human Rights Quarterly, Vol. 6 No. 4. (Nov. 1984). Hlm. 400-419.

bagaimana mekanisme suatu hukum positif dapat melindungi/memenuhi hak-hak MHA, sehingga masih ada celah untuk mengutamakan realisasi pelaksanaan pemenuhan hak MHA yang tetap konstitusional.

Jalan Panjang MHA di Indonesia

Masyarakat Hukum Adat (MHA), mempunyai padanan dengan istilah masyarakat adat (bahasa Indonesia), *Indigenous People* (Inggris), dan *Adat rects gemenschappen* (Belanda), merupakan entitas masyarakat yang memiliki tatanan kehidupan sebagaimana leluhur mereka, serta mempunyai ikatan yang kuat dari aspek kesejarahan, terutama berkaitan dengan asal usul dan wilayahnya. MHA telah mengalami dinamika panjang dalam sejarah Indonesia, mulai dari bentuk aslinya pada masa kerajaan-kerajaan nusantara, jatuhnya kedaulatan kerajaan-kerajaan tersebut pasca datangnya penjajah, penyeragaman seluruh aspek masyarakat termasuk MHA dalam perjuangan kemerdekaan, hingga keberadaannya pasca kemerdekaan sampai masa reformasi saat ini.

Begitupula dalam perjalanan ketatanegaraan Republik Indonesia, MHA telah banyak mengalami rezim kekuasaan yang masing-masing punya perlakuan tersendiri terhadap eksistensi mereka. Pada masa pemerintahan Presiden Soeharto misalnya, terjadipembiasan definisi seluruh masyarakat hukum, sehingga keberadaan dan definisi MHA disamakan dengan definisi desa.

Hal ini tentu merupakan suatu pukulan telak bagi MHA, karena dengan kondisi demikian maka hak-hak tradisional MHA pun ikut hilang seiring dengan tidak diakuinya eksistensi mereka. Entitas MHA yang diartikan sama persis dengan entitas desa, dalam kenyataannya membawa kesatuan-kesatuan MHA pada keadaan yang tidak layak, menghadapi tindakan diksriminatif maupun intimidatif dari berbagai pihak.

Adapun saat ini, salah satu tuntutan reformasi yakni penegakan terhadap hak asasi manusia nampaknya telah memberikan harapan baru bagi MHA. Berbagai mekanisme yang dihadirkan baik melalui lembaga-lembaga negara maupun

peraturan perundang-undangan walaupun masih jauh dari sempurna, setidaknya telah memuat pengaturan mengenai MHA sebagai kesatuan masyarakat yang dibedakan dari masyarakat hukum (seperti desa) pada umumnya. Hal tersebutpun disusul dengan keluarnya putusan-putusan yang menguatkan keberadaan MHA, seperti Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 35/PUU-X/2012 yang merupakan putusan dari *judicial review* Undang-UndangNomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, yang berhasil mengembalikan hutan adat menjadi milik MHA.

Namun demikian, meskipun telah didukung oleh beragam mekanisme, nyatanya pemenuhan hak-hak MHA hingga saat ini masih belum bisa dinyatakan maksimal. Bila berkaca pada kasus-kasus pelanggaran MHA yang masih terjadi hingga saat ini,maka dapat disimpulkan masih terdapat paradigma pengenyampingan MHA dalam pembangunan dengan berbagai alasan, seperti: MHA telah tertinggal jauh dalam pembangunan, sehingga butuh waktu lama untuk dapat melakukan pembangunan terhadap MHA; MHA memiliki hukum adat yang bertentangan dengan hukum positif, sehingga MHA menolak program pembangunan yang dilakukan oleh pemerintah; atau instrumen hukum yang ada masih sangat kurang untuk dapat merumuskan upaya dan tanggung jawab pemerintah terhadap MHA, serta alasan-alasan lainnya.

Sebagian dari alasan diatas tidak dapat dipungkiri memang benar, namun, alasan-alasan tersebut ternyata hanyalah paradigma umum tanpa bukti di lapangan. Di saat yang bersamaan pula, alasan-alasan tersebut tentu tidak dapat dijadikan alasan pembenar bagi negara untuk mengentikan upaya pemenuhan hak-hak MHA, bilamana Indonesia masih mencita-citakan terwujudnya *Welfare State.*

Kebutuhan MHA pada Regulasi

Hingga saat ini, tidak sedikit undang-undang serta peraturan turunannya yang menyangkut MHA,[9]dan belum termasukperaturan pelaksanaannya maupun produk hukum daerah.[10] Dari beberapa undang-undang tersebut, ada diantaranya yang telah mengalami dinamika, seperti Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan yang beberapa pasalnya dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, Undang-Undang Nomor 7 tahun 2004 tentang Sumber Daya Air yang oleh Mahkamah Konstitusi dinyatakan inkonstitusional sehingga diberlakukan kembali Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan, serta Undang-Undang Pemerintahan Daerah yang saat ini berlaku undang-undang baru yaitu Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

Meskipun telah banyak undang-undang yang dibentuk dengan memuat ketentuan-ketentuan mengenai MHA, apa yang ditemukan di lapangan tidak menunjukkan kondisi yang baik bagi kehidupan MHA. MHA acapkali menerima perlakuan diskriminatif dari berbagai pihak. Tindakan atau perlakuan diskriminatif tersebut, pada akhirnya akan berimplikasi pada terhalangnya pemenuhan hak konstitusional MHA itu sendiri. Perlakuan diskriminatif tersebut berasal dari beberapa faktor yakni faktor internal (dari dalam MHA

---

9 Beberapa undang-undang tersebut antara lain: Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tetang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Papua, Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional, Undang-Undang Nomor 7 tahun 2004 tentang Sumber Daya Air, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup,

10 Dalam kurun waktu 2013-2016, telah terdapat 69 produk hukum daerah mengenai MHA. Hal ini pasca putusan MK Nomor 35/PUU-X/2012, dalam Yance Arizona, dkk. *Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat: Tren Produk Hukum Daerah dan NasionalPasca Putusan MK 35/PUU-X/2012*. Jakarta: Outlook Epistema 2017. Hlm. 3.

itu sendiri)[11] maupun faktor eksternal seperti pemerintah (faktor regulasi), perusahaan-perusahaan besar (faktor ekonomi).[12] Bila berkaca pada kasus yang telah terjadi, semisal etnifikasi terhadap AKUR (Adat Karuhun Urang) di Cigugur, Kuningan, maka saat ini faktor eksternal nampaknya juga telah bertambah yakni faktor dari masyarakat di luar MHA.[13]

Adapun yang paling sering terjadi, adalah terjadi konflik terkait dengan wilayah adat terutama hutan adat yang menghadapkan MHA dengan perusahaan-perusahaan. Perusahaan swasta berskala besar yang bergerak di bidang industri, seperti perkebunan, kehutanan, dan pertambangan kerapkali justru mendapatkan dukungan dari negara.[14] Keberpihakan pada modal besar untuk mengoptimalkan keuntungan yang sebesar-besarnya dari lahan yang tersedia, pada akhirnya cenderung mengabaikan eksistensi MHA yang hidupnya sangat bergantung pada lahan-lahan yang diambil alih oleh pemilik modal.

Sekelumit problem yang terjadi diatas, menggambarkan kesenjangan yang cukup jauh antara *das sein* dan *das sollen* pemenuhan hak konstitusional MHA. Permasalahan yang dihadapi terkait hak-hak MHA bukan hanya pada tahap implementasi, namun sudah sejak tahap regulasi. Hal ini terbukti dengan tidak adanya undang-undang organik yang secara rinci mengatur hak-hak MHA serta sanksi bagi yang melanggar ketentuannya. Pengaturan MHA sampai saat ini tersebar secara parsial dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang itupun bersifat sektoral pada sektor hutan dan sumber daya alam.

Kondisi diatas tentu akan berimbas pada produk hukum daerah yang digagas di daerah-daerah yang memiliki MHA. Pada prosesnya, pengidentifikasian MHA dalam produk hukum daerah dilakukan tanpa *barrier* yangjelas. Problem ini telah ditemukan

---

11 Terutama terjadi pada MHA yang menolak campur tangan negara dalam kehidupan komunitas MHAnya

12 John Haba, 2010. *Realitas Masyarakat Adat di Indonesia: Sebuah Refleksi*. Jurnal Masyarakat dan Budaya Volume 12 Nomor 2 Tahun 2010. Hlm. 255.

13 Ira Indrawardana, 2014. *Berketuhanan dalam Perspektif Kepercayaan Sunda Wiwitan*. Jurnal Melintas Volume 30 Nomor 1 Tahun 2014. Hlm. 107.

14 Inkuiri Nasional Komisi Hak Asasi Manusia. *Ibid.* Hlm. 58.

bukan hanya dalam produk hukum daerah, namun dalam undang-undang yang ada saat ini. Beberapa undang-undang didalamnya memiliki pengaturan yang berkaitan dengan MHA, justru menaruh perbedaan dengan undang-undang lainnya. Tentu dalam praktik implementasinya, hal ini akan menimbulkan beragam penafsiran yang berbeda-beda. Penafsiran yang berbeda tersebut secara logis akan menyulitkan para perumus kebijakan pada level pemerintahan di bawahnya serta bagi pelaksana kebijakan yang berkaitan dengan MHA. Artinya, dalam bahasa yang lebih lugas, diperlukan regulasi pada tingkat atas (dalam hal ini undang-undang) yang mampu memberikan arah yang jelas untuk diturunkan dalam peraturan yang lebih rendah sekaligus kompatibel untuk dilaksanakan.

Regulasi yang Belum Efektif

Melihat teks tertulis konstitusi, memang tidak ada yang salah dengan sebaran undang-undang yang memuat ketentuan MHA saat ini. Pasal 18B Ayat (2) jelas menyatakan bahwa pengaturan MHA diatur dalam undang-undang, bukan diatur dengan undang-undang. Artinya, secara normatif memang tidak ada kewajiban bagi negara untuk membentuk suatu undang-undang khusus tentang MHA.

Namun demikian, permasalahan yang dihadapi bila pengaturan MHA dilakukan secara parsial sebagaimana terjadi saat ini adalah, sulit melakukan identifikasi terhadap MHA itu sendiri. Hal tersebut terlihat setidaknya dengan terminologi, definisi, dan kriteria MHA yang berbeda-beda dalam undang-undang yang ada. Pada akhirnya, identifikasi MHA sangat bergantung pada lembaga atau instansi yang menginisiasi atau melaksanakan peraturan undang-undang pada sektornya masing-masing.

Istilah-istilah yang digunakan hingga saat ini antara lain masyarakat hukum adat,[15] masyarakat adat,[16] masyarakat

[15] Digunakan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tetang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan,.

tradisional,[17] komunitas adat terpencil,[18] sampai pada istilah desa atau nama lainnya.[19] Definisi dan kriteria yang diberikan dalam masing-masing undang-undang tersebutpun berbeda-beda, sesuai dengan pendekatan masing-masing lembaga/instansi yang menanganinya.

Sulit memang menyalahkan kaidah normatif dalam konstitusi, karena mungkin pada saat dirumuskan, para perumus memiliki argumentasi dengan berkaca pada kenyataan yang ada di masanya, yang tentu saat ini telah sangat berbeda dan tidak relevan. Pertimbangan untuk memberikan pengaturan MHA dengan undang-undang saat ini nampaknya belum menjadi agenda yang mendesak. Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) yang telah menyiapkan draf RUU Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Adat tahun 2012, namun hingga saat ini belum juga tembus menjadi undang-undang. Belum lagi dengan resiko inkonstitusionalitas apabila RUU tersebut menjadi undang-undang.Kondisi inilah yang kemudian membuat MHA diseluruh penjuru Indonesia harus terus bersabar,menunggu pengaturan yang mempertegas keberadaan mereka meskipun pelanggaran atas hak-haknya terus terjadi.

Secercah harapan muncul ketika Mahkamah Konstitusi mengabulkan sebagian permohonan yang diajukan dalam judicial review Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. Melalui putusannya,[20] Mahkamah Konstitusi menentukan bahwa hutan adat bukan lagi menjadi hutan negara

---

16 Digunakan dalam Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil

17 Juga digunakan dalam Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil

18 Digunakan dalam Keputusan Presiden Nomor 111 Tahun 1999 tentang Pembinaan Kesejahteraan Sosial Komunitas Adat Terpencil

19 Yance Arizona (2013). *Masyarakat Adat dalam Kontestasi Pembaruan Hukum*, Makalah disampaikan dalam Seminar Pemberdayaan Sosial Komunitas Adat: Upaya peningkatan efektivitas pemberdayaan KAT saat ini dan pengembangan kedepan, diselenggarakan oleh Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, Hotel Grand Sahid, Jakarta, 15 Mei 2013. Hlm. 1.

20 Putusan Nomor 35/PUU-X/2012

yang berada di wilayah masyarakat hukum adat, namun hutan adat adalah hutan yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat. Hal tersebut merupakan salah satu momentum positif bagi MHA, karena melalui putusan ini, berjuta-juta hektar hutan adat yang sebelumnya dikuasai oleh negara, jatuh kembali ke tangan MHA. Artinya, salah satu permasalahan pada aspek regulasi, khususnya terkait hak MHA terhadap hutan adat setidaknya telah diakui.

Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut perlu diimplementasikan dengan sungguh-sungguh, karena telah banyak kasus yang terjadi selama kurun waktu Undang-Undang Kehutanan disahkan hingga *judicial review*nya diputus.[21] Negara melalui pemerintahnya harus dengan serius mengembalikan hutan-hutan negara kepada MHA sehingga pengakuan MHA tersebut secara lebih lanjut dapat mendapatkan status hukum yang jelas. Pada tahapan ini, perlu adanya digagasnya kebijakan setidak-tidaknya berbentuk *beschikking* untuk mengembalikan hutan adat sebagai wilayah adat dari MHA.

Bila melihat kasus-kasus yang telah terjadi, nampaknya memang perlu memasukkan pengaturan MHA ke dalam suatu undang-undang organik dengan tujuan memberikan arah pada undang-undang lain maupun peraturan perundang-undangan di bawahnya. Tentu saja perlu desain yang hati-hati agar menjaga kualitas undang-undang tersebut, sehingga rumusan yang didapat tetap memenuhi kebutuhan MHA tanpa mengenyampingkan syarat konstitusinalitasnya terhadap Undang-Undang Dasar 1945.Harapannya pula, dengan arah pengaturan yang jelas, kualitas produk hukum daerah dapat menyesuaikan dengan kebutuhan yang ada.[22]

---

21 Kasus konflik antara MHA dengan –terutama dengan perusahaan swasta terjadi hampir di seluruh pulau besar di Indonesia seperti di Sumatera, Jawa, Kalimantan, Sulawesi, Maluku, Bali-Nusa Tenggara, dan Papua, data yang disajikan cukup rinci dalam Inkuiri Nasional Komnas HAM, 2016. Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Wilayahnya di Kawasan Hutan. Jakarta: Komnas HAM.

22 Dari 69 produk hukum daerah terkait MHA yang terbit pasca Putusan MK Nomor 35/PUU-X/2012, masih didominasi dengan pengaturan lembaga adat dan sisanya barulah membahas mengenai wilayah adat dan hutan adat,

Regulasi yang Perlu Ditegakkan

Setidaknya, meskipun belum terdapat undang-undang organik, melalui pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi mengenai hutan adat akan membawa dampak yang cukup positif bagi MHA, semisal agar pemerintah daerah menjadi tidak ragu untuk membentuk produk hukum daerah terkait perlindungan MHA, karena MHA yang bersangkutan telah memiliki wilayah adat yang dicatatkan oleh negara. Langkah tersebut tentu tetap harus berpedoman pada peraturan perundang-undangan sehingga meminimalisir kemungkinan inkonstitusionalitas terhadap peraturan perundang-undangan yang ada diatasnya.

Namun demikian perlu diingat bahwa, kehidupan MHA, sama seperti masyarakat pada umumnya meliputi sangat banyak sektor, bukan hanya kehutanan. Karena pada kenyataannya, MHA juga kerapkali mendapatkan diksriminasi pada sektor pelayanan publik. Sebagian MHA yang menganut aliran kepercayaan leluhur, pada praktiknya mengalami kesulitan dalam pembuatan dokumen catatan-catatan sipil semisal KTP dan Kartu Keluarga.[23] Pengosongan kolom agama pada pada KTP MHA penganut kepercayaan leluhur berakibat pada terhalangnya akses MHApada pelayanan publik yang lain seperti tidak dapat dibuatnya rekening bank[24] atau kurikulum pendidikan yang belum mengakomodir kepercayaan leluhur dalam proses pembelajaran.

---

keberadaan MHA, desa adat, dan lembaga pelaksana, dalam Yance Arizona, Outlook Epsitema 2017, Ibid, Hlm. 5

23 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2013 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukkan menentukan penduduk bahwa yang agamanya belum diakui sebagai agama berdasarkan ketentuan perundang-undangan atau bagi peghayat kepercayaan tidak diisi, tetapi tetap dilayani dan dicatat dalam *database* kependudukkan.

24 Perlu dijadikan catatan bahwa tidak semua MHA merupakan masyarakat yang terbelakang dan tidak mengenal terknologi –sebagaimana digambarkan selama ini. Anggapan ini sangatlah fatal karena pada kenyataannya, tidak sedikit MHA yang bersifat terbuka terhadap perkembangan zaman namun tetap menggunakan hukum adatnya sebagai filter, seperti yang ditemukan pada Kasepuhan Ciptagelar Kabupaten Sukabumi.

Melihat praktik diskrimasi MHA pada berbagai bidang di atas, nampak bahwa hal tersebut merupakan dampak dari belum adanya regulasi yang memberikan jalan keluar atas "hak tradisional" MHA serta sanksi bagi para pelanggar hak MHA tersebut, atau belum efektifnya penerapan peraturan yang ada.Bagi daerah yang terdapat MHA namun belum memiliki pengaturan mengenai MHA, diperlukan upaya untuk membuat regulasi terkait MHA yang di dalamnya memuat pula rumusan sanksi bagi pelanggar hak MHA, yang tetap memperhatikan bagaimana pembuktian pelanggaran hak tersebut. Melalui adanya sanksi dan penerapan sanksi yang konsisten, tentu hak-hak MHA akan lebih mudah untuk dicapai. Pada akhirnya, pemenuhan hak konstitusional dan hak tradisional MHA bermuara pada tujuan negara yaitu mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Adapun di daerah-daerah yang telah memiliki instrumen hukum mengenai MHA, maka implementasi atas aturan tersebut harus ditegakkan sebagaimana mestinya tanpa pandang bulu. Perlu ketegasan dalam mengimplementasikan aturan hukum mengenai MHA, termasuk bila yang melanggar hak MHA tersebut adalahpara pemodal atau perusahaan swasta.

Penutup

Diskursus mengenai MHA dan hak-haknya memang akan selalu bergulir manakala belum ada konstruksi pengaturan yang kuat. Hal tersebut juga diakibatkan karena bukan hanya MHA yang berhadapan dengan kondisi sulit, namun masyarakat secara umumpun masih berhadapan dengan kondisi yang tidak jauh berbeda. Hal tersebut merupakan fenomena yang dihadapi oleh negara-negara yang masih berkembang.

Anggapan bahwa MHA merupakan masyarakat yang menolak perubahan zaman juga merupakan argumentasi yang sangat keliru, terutama seperti yang dikait-kaitkan dengan masyarakat Baduy di Kabupaten Lebak, selengkapnya dalam Asep Kurnia dan Ahmad Sihabudin. 2010. *Saatnya Baduy Bicara*. Jakarta: Bumi Aksara. Hlm. 3.

Dalam kondisi demikian, bukan berarti negara dapat memalingkan dirinya dari realitas keberadaan MHA yang dalam upaya pemenuhan hak-haknya masih banyak mengalami problem. Problem-problem yang dihadapi tersebut, terjadi mulai dari tahap regulasi, yakni pengaturan MHA yang diatur secara parsial dan sektoral serta belum adanya undang-undang organik yang memberikan memperkuat keberadaan MHA, serta pada tahap implementasi, dimana masih banyak ditemukan problem-probem dalam pelaksanaan peraturan yang ada.

Daftar Pustaka

Amin Mudzakkir, 2011, *Revivalisme Masyarakat Adat dalam Politik Lokal di Indonesia Pasca Soeharto: Studi Kasus Komunitas Kampung Naga, Tasikmalaya, Jawa Barat*, dalam Jurnal Masyarakat dan Budaya Volume 13 No. 1, 2011.

Asep Kurnia dan Ahmad Sihabudin. 2010. *Saatnya Baduy Bicara*. Jakarta: Bumi Aksara.

Iman Hilman, 2011. *Kearifan Lokal Masyarakat Hukum Adat Kampung Kuta dalam Melindungi dan Mengelola Lingkungan Hidup*, dalam Prosiding Konferensi Internasional Budaya Sunda Jilid 2. Bandung: Yayasan Kebudayaan Rancage.

Inkuiri Nasional Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2016. *Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Wilayahnya di Kawasan Hutan*. Jakarta: Komnas HAM.

Inkuiri Nasional Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2016. *Konflik Agraria Masyarakat Hukum Adat Atas Wilayahnya di Kawasan Hutan*. Jakarta: Komnas HAM

Ira Indrawardana, 2014. *Berketuhanan dalam Perspektif Kepercayaan Sunda Wiwitan*. Jurnal Melintas Volume 30 Nomor 1 Tahun 2014.

Jack Donnelly, 1984. *Cultural Relativism and Universal Human Rights*, dalam Human Rights Quarterly, Vol. 6 No. 4. (Nov. 1984). Hlm. 400-419.

John Haba, 2010. *Realitas Masyarakat Adat di Indonesia: Sebuah Refleksi*, dalam Jurnal Masyarakat dan Budaya Volume 12 Nomor 2 Tahun 2010.

Knut D. Asplund, dkk (editor), 2008. *Hukum Hak Asasi Manusia*. Yogyakarta: PUSHAM UII.

Yance Arizona (2013). *Masyarakat Adat dalam Kontestasi Pembaruan Hukum*, Makalah disampaikan dalam Seminar Pemberdaya-an Sosial Komunitas Adat: Upaya peningkatan efektivitas pemberdayaan KAT saat ini dan pengembangan kedepan, diselenggarakan oleh Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, Hotel Grand Sahid, Jakarta, 15 Mei 2013.

Yance Arizona, dkk. *Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat: Tren Produk Hukum Daerah dan Nasional Pasca Putusan MK 35/PUU-X/2012. Jakarta*: Outlook Epistema 2017.

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2013 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan.

Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012

Halaman Internet

http://referensi.elsam.or.id/2014/10/deklarasi-pbb-tentang-hakhak-masyarakat-adat/ diakses pada 31 Oktober 2017 pukul 06:24 wib

Perlindungan Maternitas dan Keadilan Gender

Dian Ferricha

Pendahuluan

Sejak masyarakat ekonomi ASEAN diberlakukan pada tahun 2015, dimana mendorong efisiensi ekonomi diberbagai sektor produksi barang dan jasa. Salah satu faktor pendorong krusial adalah kesetaraan gender. Peran perempuan memiliki potensi besar sebagai agen ekonomi dalam mengurangi kemiskinan, memperkuat ekonomi, berkontribusi dan mengubah masyarakat Walaupun dalam kenyataannya, masih banyak pekerja perempuan yang belum mendapatkan hak-haknya dalam bekerja.

Selain itu juga dibutuhkan perlindungan khusus di tempat kerja untuk perempuan yang sedang hamil, menunggu persalinan dan menyusui untuk mencegah bahaya bagi kesehatan mereka dan anaknya serta waktu untuk masa melahirkan, menyusui dan pemulihan serta merawat anak mereka. Kemudian, mereka juga membutuhkan perlindungan sosial untuk menjamin adanya kepastian jaminan pekerjaan yang berkelanjutan serta pengupahan. Salah satu prasyarat penting untuk mencapai kesetaraan dan perlakuan yang sesungguhnya antara laki-laki dan perempuan di tem-pat kerja adalah melindungi kesehatan kehamilan, persalinan, merawat anak mereka dari diskriminasi pekerjaan.

Masa rentan bagi pekerja perempuan adalah ketika kehamilan dan persalinan. Cuti melahirkan dan rehat menyusui di tempat kerja dilindungi oleh Undang-Undang Nasional dan Hukum Internasional di banyak negara, khususnya di Indonesia,[1] akan

[1] terkait dengan perlindungan hak normatif pekerja perempuan, Indonesia telah meratifikasi beberapa konvensi antara lain : *Konvensi PPB tentang*

tetapi dalam kenyataannya, hak-hak dasar bagi perempuan tersebut tidak dihiraukan. Diskriminasi yang berkaitan dengan kehamilan didorong oleh banyak alasan yang mencakup ketakutan para pengusaha akan berkurangnya produktivitas pekerja, dan mungkin juga pandangan paternalistik bahwa perempuan yang sedang hamil tidak dapat atau tidak seharusnya bekerja.

Konvensi ILO No. 183 Tahun 2000 mengatur tentang perlindungan maternitas di tempat kerja yang mana perlindungan ini sangat penting pada kesetaraan gender dan perlakuan dan perlindungan kesehatan. Perlindungan maternitas memiliki dua tujuan, yakni: 1) Untuk memelihara kesehatan ibu dan anaknya yang baru lahir; 2) Untuk memberikan kepastian pekerjaan dan penghasilan; perlindungan dari pemberhentian kerja dan diskriminasi; hak untuk lanjut bekerja setelah cuti; dan, untuk mempertahankan upah dan penghasilan selama kehamilan.[2]

Indonesia mengakui kesetaraan gender dalam berbagai legislasi nasional.[3]Terbitnya Inpres No. 9 Tahun 2000 tentang Pengarusutamaan Gender (PUG) dan beragam perundang-undangan tentang perempuan serta komitmen terhadap kesepakatan internasional telah mendorong terjadinya perubahan

---

Penghapusan Diskriminasi Terhadap Semua Perempuan (CEDAW); *Perjanjian Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya* (ICESCR); *Konvensi Hak-Hak Anak* (CRC); dan *Konvensi ILO No. 111 Tahun 1958 tentang Diskriminasi Pekerjaan dan Jabatan.* Memang di tingkat nasional, perlindungan hak-hak pekerja perempuan telah ditetapkan dalam UU Ketenagakerjaan akan tetapi Konvensi ILO No. 183 Tahun 2000 tentang Perlindungan Maternitas belum diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia.

2 Better Work Indonesia, *Better Work Indonesia Assessment 2012*, International Labour Organisation Jakarta, 2012), h. 10

3 melalui Instruksi Presiden No. 9 Tahun 2000 tentang Pengarusutamaan Gender atau yang sering diistilahkan sebagai PUG membuat pemerintah berkomitmen untuk memasukkan gender sebagai arus utama dalam setiap program pembangunan. Komitmen pemerintah untuk mewujudkan keadilan dan kesetaraan gender dalam pembangunan nasional juga telah dituangkan dalam Permendagri Nomor 15 Tahun 2008, sebagaimana diubah dalam Permendagri No. 67 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 15 Tahun 2008 tentang Pedoman Umum Pelaksanaan Pengarusutamakan Gender Di Daerah.

paradigma pemberdayaan perempuan, yaitu dari WID (*Women in Development*) ke GAD (*Gender and Development*). Perubahan ini merupakan reaksi keras terhadap WID yang melancarkan program dan kegiatan pembangunan hanya untuk perempuan, sedang GAD berupaya memahami subordinasi perempuan melalui analisis relasi gender didalamnya.[4]

Paradigma pembangunan pemberdayaan perempuan pun telah bergeser hingga ke konsep *gender mainstreaming* yang merupakan pematangan dari strategi GAD dengan tujuan utama mewujudkan Kesetaraan dan Keadilan Gender (KKG) dalam berbagai bidang pembangunan melalui penyusunan kebijakan program pembangunan responsif gender. Dalam strategi ini gender menjadi arus utama dari setiap kebijakan negara maupun aksi masyarakat dan institusi negara.[5]

Dimana dalam peraturan tersebut salah satu prioritas pembangunannya adalah peningkatan kesetaraan gender dan pemberdayaan perempuan. Salah satu yang menjadi pokok persoalan dalam kesetaraan gender adalah perempuan yang bekerja di ranah publik. Perempuan pekerja pabrik belum menempati posisi yang menguntungkan baik karena mereka adalah perempuan dan juga karena mereka adalah kelompok pekerja. Perempuan dalam golongan ini mengalami marginalisasi ganda akibat kelas sosial dan jenis kelaminnya yang terkonstruksi secara sosial budaya sebagai kelas nomor dua, sebagai perempuan pekerja kondisi mereka tak kurang memprihatinkan. Untuk itu dalam tulisan ini permasalahan yang ingin dikaji adalah pentingnya perlindungan maternitas pada pekerja perempuan guna mencapai hak kesetaraan gender.

---

4 Aida Vitayala Hubeis, *Pemberdayaan Perempuan Dari Masa ke Masa.*(Bogor: IPB Press, 2010), h. 3

5 Ismi Dwi Astuti Nurhaeni & Insiwi Febriari (ed). *Pergeseran ParadigmaPembangunan PemberdayaanPerempuan MenujuPengarusutamaan Gender*. Surakarta:Cakra Books, 2011).

Konvensi ILO 183 tentang Perlindungan Maternitas

Perlindungan maternitas adalah hak asasi manusia yang mendasar: hak untuk hidup bebas dari diskriminasi dan pelecehan dan bekerja dengan martabat dan keamanan pada kondisi yang baik di tempat kerja adalah sebuah hak asasi manusia. Perlindungan maternitas sudah jelas sangat sangat signifikan dalam perwujudan hak-hak asasi manusia ini. Perlindungan maternitas secara eksplisit memberikan hak kepada semua perempuan pada usia reproduktif untuk berpartisipasi pada pekerjaan yang dibayar tanpa adanya ancaman diskriminasi dan, dalam kasus kehamilan, hak perempuan untuk bekerja pada suatu kondisi yang memungkinkan adanya jaminan ekonomi dan kesetaraan kesempatan, serta mengambil manfaat dari kondisi di tempat kerja yang baik.

Perlindungan maternitas di tempat kerja adalah elemen penting pada "kesetaraan kesempatan dan perlakuan" dan "perlindungan kesehatan" (International Labour Organisation). Perlindungan maternitas memiliki 2 tujuan utama yakni : a. untuk memelihara kesehatan ibu dan anaknya yang baru lahir, dan; b. untuk memberikan kepastian pekerjaan dan penghasilan; perlindugan dari pemberhentian kerja dan diskriminasi; hak untuk lanjut bekerja setelah cuti dan untuk mempertahankan upah dan penghasilan selama kehamilan.[6] Selain itu, peran penting dari perlindungan maternitas adalah kesetaraan gender, yang mana merupakan suatu landasan untuk kesetaraan gender, yang tidak hanya penting dalam pemenuhan hak-hak dan keadilan.

Adapun standar Konvensi ILO 183[7] yakni :Pertama, Jangkauan (siapa yang dilindungi), meliputi seluruh pekerja perempuan menikah ataupun tidak menikah termasuk mereka yang memiliki pekerjaan yang tidak tetap (pekerja kontrak/borongan). Kedua, Jumlah Cuti, yang tidak kurang dari 14 minggu dengan aturan 6 minggu cuti wajib setelah melahirkan. Ketiga, Tunjangan Kontan, antara lain berupa dua pertiga dari gaji perempuan sebelumnya, atau sama dengan upahnya, dalam rata–rata, jika ada

6 Better Work Indonesia, (ILO, 2012), h. 10
7 Lihat Konvensi ILO No. 183 Tahun 2000

alternatif metode penghitungan yang digunakan. Mendapat tunjangan dana bantuan sosial untuk pekerja perempuan bila mereka tidak mendapatkan kondisi yang memenuhi syarat. Mendapatkan tunjangan jaminan sosial atau dana publik atau ditentukan oleh hukum dan kebiasaan nasional. Bagi negara sedang berkembang dapat menyediakan tunjangan uang tunai dengan nilai yang sama dengan tunjangan waktu sakit atau cacat tidak permanen tetapi harus melaporkan kepada ILO sebagai langkah yang diambil agar sesuai dengan standar yang ditetapkan.

Selanjutnya di bidang kesehatan, standar yang digunakan meliputi: Keempat, Tunjangan Kesehatan. Sebelum persalinan, pada saat melahirkan dan sesudah persalinan dan rawat inap apabila dikebutuhan. Kelima, Perlindungan Kesehatan. Perempuan hamil dan dalam masa perawatan tidak diharuskan untuk melakukan kerja yang dapat membebani dan mengganggu ibu dan anak, serta perlindungan lainnya yang mencakup perlindungan : a). Perlindungan Atas Pekerjaan dan Tindakan Diskriminasi, yakni : Pengusaha dilarang memecat pekerja perempuan selama hamil, cuti melahirkan dan bersalin dan selama dalam perawatan, kecuali pemecatan tersebut tidak ada hubungannya dengan kehamilan dan proses perawatan. Pembuktian atas tindakan pemecatan tersebut menjadi tanggung jawab pengusaha. Terjamin haknya untuk tetap kembali bekerja dengan menempati posisi yang sama atau sepadan dengan dengan upah yang sama. Perlindungan dari tindakan diskriminasi selama bekerja karena alasan maternitas. Pelarangan test kehamilan dalam proses rekrutmen; b). Istirahat Untuk Menyusui, antara lain : hak beristirahat selama sekali atau lebih dalam sehari untuk menyusui/laktasi. Hak untuk mengurangi jam kerja harian guna menyusui. Istirahat atau pengurangan jam kerja dan tetap mendapat upah, serta c). Parental Leave atau Cuti Ayah/Bapak, yakni Cuti yang diberikan kepada orang tua untuk merawat anaknya, termasuk orang tua yang melakukan adopsi anak.

Uraian dari penulis diatas menunjukkan bahwa perlindungan maternitas di tempat kerja selain tujuan salah satunya untuk mewujudkan kesetaraan gender ditempat kerja, perlindungan

maternitas juga memungkinkan perempuan untuk melaksanakan peran biologis mereka, seperti menjalani persalinan dan menyusui, tanpa harus termarjinalisasi pada pasar tenaga kerja dalam perlakuan yang mengancam peran produktif mereka sebagai pekerja dan merongrong kepastian ekonomi mereka. Maka, kehamilan adalah suatu kondisi yang membutuhkan perlakuan yang berbeda untuk mencapai kesetaraan yang sesungguhnya dan, dalam pengertian ini, perlindungannya adalah sebuah alasan pencapaian prinsip kesetaraan kesempatan dan perlakuan di tempat kerja. Perlindungan ini juga mengatasi risiko kesehatan dan mencegah keikutsertaan pada praktek pekerjaan yang berbahaya yang dapat menghambat atau mempengaruhi kondisi perempuan dan anak selama masa kehamilan, setelah persalinan dan selama masa menyusui.

Peran penting perlindungan maternitas dalam pertumbuhan ekonomi dan pengurangan kemiskinan: perlindungan maternitas memperkuat peran ekonomi perempuan dan keterikatannya terhadap tenaga kerja, yang mengacu pada kurangnya keterlibatan penuh pada pendidikan dan pekerjaan. Memberikan cuti hamil dan perlindungan terhadap diskriminasi adalah suatu cara untuk mendorong perempuan muda pada usia reproduktif untuk berpartisipasi dalam pasar tenaga kerja. Hal ini juga bermanfaat untuk menstimulus ibu-ibu muda untuk tetap mempertahankan ketertarikan terhadap pasar tenaga kerja dan kembali bekerja setelah cuti selesai.

Implementasi perlindungan maternitas juga akan menciptakan efek domino yang positif, seperti penciptaan pekerjaan, menjamin hak-hak pada pekerjaan, memperluas perlindungan sosial, dan mendukung adanya dialog sosial. Banyak perempuan yang masih kurang memiliki akses terhadap pekerjaan yang layak yang memungkinkan mereka untuk bangkit dari kemiskinan dan bekerja pada lingkungan yang aman di tempat kerja; banyak perempuan yang berada di luar sistem hukum tradisional dan perlindungan sosial yang melindungi mereka dari kerentanan dan memberikan akses terhadap pelayanan kesehatan.

Perlindungan Maternitas dalam Hukum Indonesia

UU No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan (selanjutnya di sebut UU Ketenagakerjaan) merupakan landasan dasar pengaturan ketenagakerjaan di Indonesia. Selanjutnya dalam Pasal 82 UU Ketenagakerjaan, memberikan "jaminan" bagi pekerja perempuan untuk berhak memperoleh istirahat selama 1,5 (satu setengah) bulan sebelum saatnya melahirkan anak dan 1,5 (satu setengah) bulan sesudah melahirkan menurut perhitungan dokter kandungan atau bidan, dan dalam pasal tersebut juga mengatur bahwa pekerja perempuan yang mengalami keguguran kandungan berhak memperoleh istirahat 1,5 (satu setengah) bulan atau sesuai dengan surat keterangan dokter kandungan atau bidan.[8]

Dalam UU Ketenagkerjaan perlindungan terhadap pekerja perempuan telah mengatur secara jelas yakni sebagai berikut :

		Kondisi dan cakupan yang memenuhi syarat	Tingkat Bantuan dan Waktu
Kehamilan dan Persalinan	Cuti hamil Larangan pada shift malam	Pekerja yang hamil dan pasangannya, berdasarkan keterangan kehamilan dari dokter.	Masing-masing 1,5 (satu setengah) bulan sebelum dan sesudah melahirkan, Total 3 bulan dengan 100% upah, yang merupakan kewajiban pengusaha (Pasal. 82 – (1)

[8] Indah Budiarti, *Mengapa perlindungan maternitas menjadi penting?, https://unionism.wordpress.com/2015/03/10/mengapa-perlindungan-maternitas-menjadi-penting/*Di akses 27 Januari 2017

			dan Pasal. 84, Bab 10 UU Ketenagakerjaan)
		Pasangan, berdasarkan keterangan kehamilan dari dokter (diperbolehkan 2 hari cuti yang dibayar untuk pekerja yang pasangannya melahirkan atau keguguran seperti yang ada pada undang-undang	2 hari untuk pasangan (Pasal. 93 (2)(C) dan (4)(e), Bab 10 UUKetenagakerjaan)
		Pekerja yang hamil, berdasarkan catatan referensi dokter yang menganjurkan pelayanan kesehatan untuk pekerja yang hamil dan janin.	Shift malam antara jam 23:00 dan 07:00 dilarang. (Pasal. 76, Bab 10 UU Ketenagakerjaan)
	Cuti keguguran & Cuti kelahiran Janin masti	Pekerja yang hamil, berdasarkan catatan referensi dokter yang menyatakan keguguran atau kelahiran dengan janin yang mati	1,5 bulan untuk ibu (Pasal. 82 – (2), ayat 10 dari Bab 10 No. 13, 25 Maret 2003 tentang Ketenagakerjaan).

		Pasangan, berdasarkan keterangan kehamilan dari dokter.	2 hari untuk pasangan (Pasal. 93 – (2)(C) dan (4)(e), Bab 10 UU Ketenagakerjaan).
Setelah persalinan dan perawatan anak	Rehat Menyusui	Pekerja yang menjalani persalinan	Selama jam kerja, rehat selama 30 menit pada masing-masing pagi hari dan siang hari (dua kali sehari, total 1 jam) untuk memberikan ASI dan menyusui bayi yang berusia d bawah 6 bulan. (Pasal. 83, Bab 10 UU Ketenagakerjaan dan Undang-Undang Kesehatan No. 36/2009 Article 128).

Tabel 1. Hak-hak pekerja perempuan sesuai dengan UU Ketenagakerjaan

Dari tabel yang telah penulis uraikan diatas, menunjukkan UU Ketenagakerjaan telah memuat aturan mengenai perlindungan maternitas baik secara langsung maupun tidak langsung. Dalam UU Ketenagakerjaan aturan secara langsung menjelaskan tentang perlindungan maternitas bagi pekerja perempuan meliputi cuti

haid, tidak bekerja pada malam hari ketika sedang hamil, kesempatan untuk menyusui, cuti melahirkan dan nifas, dan cuti gugur kandungan. Secara sepintas, perlindungan maternitas dalam UU Ketenagakerjaan nampak memenuhi kebutuhan dan kepentingan perempuan terkait dengan kesehatan reproduksinya. Tapi, jika Dianalisa dengan menggunakan pendekatan hukum berperspektif perempuan, rumusan mengenai perlindungan maternitas bagi pekerja perempuan dalam undang-undang ini masih mempunyai beberapa kelemahan.

UU Ketenagakerjaan tidak mengatur tentang batasan berapa usia kehamilan bagi pekerja perempaun untuk mulai mendapatkan hak tidak bekerja pada malam hari. Selain itu UU Ketenagakerjaan tidak menjelaskan larangan bagi pengusaha untuk mempekerjakan pekerja perempuan yang sedang hamil di berbagai pekerjaan lainnya yang dapat membahayakan bagi kehamilannya. UUKetenagakerjaan juga tidak ada satupun yang menyinggung masalah pemindahan pekerja perempuan hamil ke tempat yang jenis pekerjaannya lebih ringan dan masalah diskriminasi, yang berkaitan dengan hak pekerja perempuan untuk kembali bekerja pada posisi dan upah yang sama setelah cuti melahirkan.

Kebutuhan perempuan pekerja pabrik cukup banyak terutama yang berkaitan dengan peran gendernya sebagai perempuan; ibu. Namun pemenuhan akan kebutuhan tersebut sangat terbatas. Setiap pekerja baik itu laki-laki maupun perempuan harus memperoleh hak-haknya sebagai pekerja tanpa dibedabedakan atas dasar apapun. Beberapa kebutuhan pekerja perempuan yang khas sudah dilindungi oleh Undang-undang No. 13 tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan terutama yang berkaitan dengan maternitas atau kemampuan biologis perempuan diantaranya adalah cuti haid, cuti melahirkan dan menyusui. Namun kebutuhan tersebut direspon secara berbeda oleh setiap perusahaan tergantung dari kebijakan masing-masing perusahaan yang mayoritas masih menempatkan pekerja pada posisi marginal yang tidak memiliki kekuatan untuk melawan.

Sebagaimana telah penulis singgung di awal tulisan ini, yang menjadi dasar perlindungan perempuan pekerja tidaknya hanya

termuat dalam UU Ketenagakerjaan, dengan terbitnya Inpres No. 9 Tahun 2000 tentang Pengarusutamakan Gender dan beragam perundang-undangan tentang perempuan serta komitmen terhadap kesepakatan internasional telah mendorong terjadinya perubahan paradigma pemberdayaan perempuan.

Dalam pengarusutamaan gender mencakup baik pemenuhan kebutuhan praktis gender maupun pemenuhan kebutuhan strategis gender. Kebutuhan praktis gender adalah kebutuhan-kebutuhan perempuan agar dapat menjalankan peran-peran sosial yang diperankan oleh mereka untuk merespon kebutuhan jangka pendek, seperti perbaikan taraf kehidupan. Sedangkan kebutuhan strategis gender adalah kebutuhan perempuan yang berkaitan dengan perubahan subordinasi perempuan terhadap laki-laki seperti pembagian kerja, kekuasaan dan control sumber daya, termasuk di dalamnya adalah penghapusan kekerasan dan diskriminasi terhadap perempuan[9].

Kebutuhan inilah yang digulirkan pertama kali dalam analisa Moser disebut kebutuhan spesifik gender, yakni terdiri dari kebutuhan praktis dan strategis. Moser[10] menjelaskan bahwa kebutuhan praktis gender adalah :

> "…*the needs women identify in their socially accepted roles in society. Practical gender needs do not challenge the gender division of labour or women's subordinate position in society, although rising out of them. Practical gender needs are a response to immediate perceived necessity, identified within a special context. They are practical in nature and often are concerned with inadequacies in living conditions such as water provision, health care and employment"*[11]

---

9 Juklak Inpres No. 9 Tahun 2000

10 Caroline Moser, *Gender Planning and Development: Theory, Practice & Training.* (London: Routledge, 1995), h. 40

11 Kebutuhan wanita mengidentifikasi peran mereka yang diterima secara sosial di masyarakat. Kebutuhan gender praktis tidak menantang pembagian kerja berdasarkan gender atau posisi bawahan perempuan di masyarakat, meski meningkat dari mereka. Kebutuhan gender praktis merupakan respons terhadap kebutuhan yang dirasakan langsung, diidentifikasi dalam konteks khusus. Mereka bersifat praktis dan sering kali memperhatikan kekurangan

Dalam konteks penelitian ini kebutuhan praktis bagi pekerja perempuan misalnya berupa pelayanan akan penitipan anak di tempat kerja (baik tempat kerja ayah maupun ibu), ruang dan fasilitas yang kondusif bagi pekerja perempuan yang menyusui atau toleransi waktu istirahat untuk menyusui, layanan umum atau yang disediakan oleh perusahaan akan transportasi yang aman bagi perempuan pekerja khususnya di malam hari, layanan klinik yang memadai untuk menanggulangi kesakitan karena haid atau pasca melahirkan, pelayanan kehamilan bagi pekerja perempuan misalnya pemeriksaan kehamilan dan pemberian zat besi, cuti haid dan cuti melahirkan yang memadai, satpam perempuan sehingga ketika ada pemeriksaan di pintu masuk bisa meminimalkan terjadinya pelecehan seksual, fasilitas dan kondisi tempat kerja yang tidak membahayakan bagi perempuan khususnya bagi perempuan hamil.

Sementara itu kebutuhan strategis adalah kebutuhan yang lebih berjangka panjang, mengacu pada peran ideal perempuan, merubah hubungan gender dan memerlukan strategi tertentu dalam proses pemenuhannya. Moser[12] mendefinisikan konsep tersebut sebagai berikut:

> *"…are the needs women identify because of their subordinate position to men in their society. Strategic gender needs vary according to particular contexts. They relate to gender division of labour, power and control and may include such issues as legal right, domestic violence, equal wages and women's control over their bodies. Meeting strategic gender needs helps women to achieve greater equality. It also changes existing roles and therefore challenges women's subordinate position"*[13].

---

dalam kondisi hidup seperti penyediaan air, perawatan kesehatan dan pekerjaan.

12 Caroline Moser, *Gender Planning and Development: Theory, Practice & Training.* (London: Routledge, 1995), h. 39

13 adalah kebutuhan wanita untuk mengidentifikasi karena posisi bawahan mereka terhadap laki-laki di masyarakat mereka. Kebutuhan gender strategis bervariasi sesuai dengan konteks tertentu. Mereka berhubungan dengan pembagian kerja, kekuasaan dan kontrol gender dan mungkin termasuk isu-isu seperti hak hukum, kekerasan dalam rumah tangga, upah yang setara dan kontrol perempuan terhadap tubuh mereka. Memenuhi kebutuhan gender strategis membantu perempuan mencapai kesetaraan yang lebih tinggi. Ini

Kebutuhan strategis gender berkaitan dengan posisi perempuan yang subordinat dengan laki-laki dalam masyarakat sehingga sifatnya jangka panjang. Kebutuhan ini disebutkan oleh Moser bisa mengubah posisi yang setara gender bagi laki-laki dengan perempuan apabila dipenuhi secara maksimal. Dalam konteks penelitian ini maka kebutuhan strategis gender misalnya adalah program-program yang berkaitan dengan pemberdayaan perempuan pekerja pabrik. Pelatihan kerja bagi perempuan pekerja bisa membekali mereka dengan ilmu yang bisa digunakan saat PHK terjadi sehingga perempuan sudah memiliki bekal ketrampilan yang bisa digunakan untuk mencari penghasilan lain.

Kebutuhan strategis juga menyangkut bagaimana kebijakan dan aturan yang dibuat oleh pemerintah dan pihak perusahaan yang melindungi perempuan pekerja di tempat kerja serta tidak bias gender. Kebijakan ini misalnya pemberlakukan upah yang memadai sesuai dengan beban kerja dan bukan berdasarkan atas *stereotype*gender. Kebijakan yang responsif akan kebutuhan gender laki-laki dan perempuan diperlukan untuk menciptakan perlidungan bagi pekerja perempuan yang berbasis pada kebutuhan spesifik gender tadi. Perlidungan berbasis gender seyogyanya mengaitkan antara peran-peran perempuan dan kebutuhan praktis-strategis yang disandangnya supaya perempuan sebagai pekerja bisa memperoleh hak dan perlidungan sesuai dengan kebutuhannya.

Indikator kesetaraan gender dalam pembentukan peraturan perundang-undangan secara tegas dinyatakan dalam ketentuan Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan[14]. Penjelasan Pasal 6

---

juga mengubah peran yang ada dan karena itu menantang posisi bawahan perempuan.

[14] Lihat Undang- Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Pasal 6 Ayat (1).
Asas Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan meliputi :
a. pengayoman;
b. kemanusian;
c. kebangsaan;
d. kekeluargaan;
e. kenusantaraan;

ayat (1) huruf g dan huruf h, menyatakan bahwa, yang dimaksud dengan "asas keadilan" adalah setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan keadilan secara proporsional bagi setiap warga negara tanpa kecuali. Sedangkan yang dimaksud dengan "asas kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan" adalah setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan tidak boleh berisi hal-hal yang bersifat membedakan berdasarkan latar belakang, antara lain, agama, suku, ras, golongan, gender, atau status sosial. Akses ini seyogyanya diperkuat dengan ketentuan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan tidak boleh berisi hal-hal yang bersifat memberikan atau berakibat membedakan, berdasarkan latar belakang, antara lain agama, suku, ras, golongan, gender, atau status sosial.[15]

Berdasarkan pada ketentuan Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 beserta penjelasannya tersebut bahwa pada dasarnya Materi Muatan suatu Peraturan Perundang-undangan tidak boleh mengandung atau mengakibatkan hal-hal yang bersifat diskriminatif, ketidakadilan, ketidaksetaraan, termasuk ketidakadilan dan ketidaksetaraan gender, serta berbagai hal yang tidak selaras dengan asas-asas materi muatan sebagaimana telah ditentukan tersebut. Salah satu upaya agar materi muatan Peraturan Perundang-undangan adalah memenuhi unsur-unsur sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 6 ayat (1) UU Nomor 12 Tahun 2011 maka perlu dan penting dilakukan kajian dan analisisnya terlebih dahulu mengenai apa dan mengapa serta tujuan dibentuknya suatu peraturan perundang-undangan.[16]

---

f. bhinneka tunggal ika;
g. keadilan;
h. kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan;
i. ketertiban dan kepastian hukum; dan/atau.
j. keseimbangan, keserasian, dan keselarasan.

15 Kementrian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, *Parameter Kesetaraan Gender Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan,* Cet II , 2012, h.40

16 *ibid*

Selanjutnya sasaran yang ingin diwujudkan, jangkauan dan arah pengaturan yang akan disusun, yang akan dijelaskan dalam konsepsi yang akan dibangun dalam rangka memenuhi kebutuhan adanya pokok pikiran, lingkup atau obyek yang akan diatur, semua itu membutuhkan analisis agar dampak atas suatu pengaturan tersebut dapat dikandung nilai-nilai keadilan baik dalam rumusan (*de-jure*) maupun (*de-facto)*nya. Salah satu langkah yang perlu dipertimbangkan untuk adanya bentuk pengaturan yang responsif gender dan menghindarkan ketentuan yang netral gender adalah dukungan semua kalangan untuk diarahkan pada pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang responsif gender dan tidak diskriminatif terhadap salah satu jenis kelamin sebagaimana dimaksud dalam prinsip-prinsip Konvensi CEDAW.[17]

Menurut hemat penulis, berlakunya MEA akan memberi dampak pada arus bebas permodalan, arus bebas perdagangan barang dan jasa, dan arus bebas tenaga kerja. Tentu dalam hal ini pemerintah Indonesia mempunyai pekerjaan rumah yang banyak tidak hanya membuat kebijakan terkait investasi, perdagangan barang dan jasa, tetapi juga membuat kebijakan baru tentang perlindungan maternitas yang mana muatan materi didalamnya menjamin hak-hak pekerja perempuan di tempat kerja. Perlindungan maternitas dan hak-hak perempuan tersebut memiliki urgensitas tingkat tinggi, kenapa demikian, karena perlindungan maternitas merupakan suatu landasan untuk kesetaraan gender, yang bukan hanya dalam hak-hak dan keadilan tetapi juga penting dalam efisiensi ekonomi. Kemudian, sebagai penggerak pertumbuhan ekonomi dan pengentasan kemiskinan yang akan berakibat perubahan positif pada kehidupan masyarakat.

Selanjutnya, penulis melihat salah satu peran terpenting dalam perlidungan maternitas adalah untuk melindungi dari perlakuan yang mengancam peran biologis perempuan, seperti kehamilan, persalinan, menyusui dan pemulihan, tanpa harus termarjinalisasi pada pasar tenaga kerja. Disisi lain dapat penulis ejawantahkan manfaat bagi pengusaha mengaplikasikan perlidungan maternitas dalam perusahaannya adalah pengusaha dapat mempertahankan

17 *Ibid*

pekerja mereka yang merupakan ibu untuk tetap produktif dan terlibat dalam pekerjaan, karena apabila manfaat kehamilan, persalinan, menyusui dan pemulihan mereka dilindungi, maka akan timbul paradigma dalam benak para pekerja perempuan bahwa pabrik tempat mereka bekerja adalah suatu tempat yang baik untuk bekerja. Para pengusaha juga dapat meningkatkan produktivitas, meningkatkan moral karyawan, mengurangi tingkat perputaran karyawan, dan juga mengurangi biaya pelatihan dan perekrutan karyawan baru.[18]

Menurut hemat penulis, mengacu pada analisis Moser[19] tentang kebutuhan praktis dan kebutuhan strategis, Indonesia saat ini belum melakukan upaya yang serius dalam mewujudkan kesetaraan gender di tempat kerja, khususnya sejak bergulirnya MEA. Ini dapat dilihat dalam UU Ketenagarkerjaan tentang perlindungan maternitas dalam dunia kerja yang masih minim. Jika penulis bandingkan antara UU Ketenagakerjaan khususnya mengenai bab perlindungan perempuan dengan Konvensi ILO No. 183 tentang Perlindungan Maternitas, Konvensi ILO lebih lengkap secara menyeluruh mengenai perlindungan pekerja perempuan. Jika dikaitkan dengan analisis Moser[20] tentang kebutuhan praktis dan kebutuhan strategis maka dapat disimpulkan Konvensi ILO No. 183 lebih komprehensif melindungi hak-hak pekerja perempuan dibandingkan dengan UU Ketenagakerjaan.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa jika peraturan tanpa paham gender tentu pasti akan banyak merugikan perempuan. Maka dari itu teramat sangat penting meratifikasi Konvensi ILO No. 183 dan segera memberlakukan/mengadopsi konvensi tersebut secara nasional untuk lebih melindungi pekerja perempuan di tempat kerja.

---

18 Dian Ferricha, *Sosiologi Hukum dan Gender*, Bayumedia : Malang, 2011

19 Moser, Caroline. *Gender Planning and Development: Theory, Practice and Training*, London: Routledge, 1995

20 Ibid, Moser

Universalisme vs. Relativisme HAM dan Perlindungan Maternitas dan Keadilan Gender di Indonesia

Perdebatan panjang tentang universalisme dan relativisme di dalam hak asasi manusia telah membelah negara-negara Barat yang mendukung universalisme hak asasi manusia dengan negara-negara Timur yang mengedepankan relativisme budaya. Selain itu, perdebatan juga melibatkan para pakar hukum, politik, filsafat dan pendukung hak asasi manusia internasional. Salah satu perbedaan mendasar dari kedua pendukung ini adalah terletak pada apakah implementasi hak asasi manusia harus mengadopsi sumber-sumber hukum lokal atau tetap bersikeras menegakan universalisme hak asasi manusia.[21]

Disini terlihat bahwa ada perbedaan yang mencolok tentang konsep dasar ditetapkannya hak asasi manusia internasional. Pertama, kelompok relativisme hak asasi manusia cenderung menerima dan bahkan menganjurkan realitas sosial di suatu masyarakat untuk menerapkan hak asasi manusia. Selain itu, perspektif ini juga menerima produk perundang-undangan di suatu negara untuk menerapkan hak asasi manusia karena hukum nasional selalu berkaitan dengan nilai-nilai yang berkembang di masyarakatnya.[22]

Hak-hak perempuan dibangun secara bertahap, melalui perjuangan berat yang dipimpin perempuan di berbagai belahan dunia. Perjuangan terjadi dalam berbagai konteks, berkaitan dengan berbagai realitas ekonomi, politik, dan sosial. Perempuan mencatat keberhasilan dalam ber bagai hal ber kaitandengan hak-hak pekerja, persamaan upah[23], hak sipil, dan bebas dari "penjajahan" mengenai peran perempuan dan mentransformasi masyarakat. Pada akhir Perang Dunia Kedua, perempuan membuat kemajuan pentingdalam upaya agar suara perempuan didengar. Semua ini menghasilkan dimasukkannya "persamaan hak laki-laki

21 http://mas-hanief.blogspot.co.id/2010/09/relativisme-dan-universalismeham.html

22 ibid

23 Op.cit, Dian Ferricha

dan perempuan" ke dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia.[24]

Setelah itu, dua Instrumen Hak Asasi Manusia yang di tandatangani dalam tahun 1966, yaitu Konvenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (ICCPR) dan Konvenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (ICE) Konvensi Pemberantasan Perdagangan Manusia dan Eksploitasi Pelacuran[25] adalah Konvensi pertama yang memberikan perhatian pada kerentanan perempuan dalam lingkungan/keadaan khusus. Setelah mengakui tingginya prevalensi diskriminasi terhadap perempuan pekerja, pada pada tahun 1951 ILO menjadi ujung tombak dalam menetapkan perjanjian antar negara yang menjamin pemberian upah yang sama bagi laki-laki dan perempuan untuk pekerjaan yang sama nilainya.

PBB juga mengakui kerentanan perempuan terutama dalam situasi konflik bersenjata dan dengan demikian melarang perlakuan tidak manusiawi dalam situasi seperti itu melalui Deklarasi Perlindungan Perempuan dan Anak-anak Dalam Keadaan Darurat

---

[24] Pernyataan Umum tentang Hak-Hak Asasi Manusia (Bahasa Inggris: Universal Declaration of Human Rights ; singkatan: UDHR) adalah sebuah pernyataan yang bersifat anjuran yang diadopsi oleh Majelis Umum Persatuan Bangsa-Bangsa (A/RES/217, 10 Desember 1948 di Palais de Chaillot, Paris). Pernyataan ini terdiri atas 30 pasal yang menggarisbesarkan pandangan Majelis Umum PBB tentang jaminan hak-hak asasi manusia (HAM) kepada semua orang. Eleanor Roosevelt, ketua wanita pertama Komisi HAM (Bahasa Inggris: Commission on Human Rights; singkatan: CHR) yang menyusun deklarasi ini, mengatakan, "Ini bukanlah sebuah perjanjian... [Pada masa depan] ini mungkin akan menjadi Magna Carta internasional... Eleanor Roosevelt: Address to the United Nations General Assembly 9 December 1948 in Paris, France. https://id.wikipedia.org

[25] 1949, *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others* (Konvensi Penghapusan Perdagangan Manusia dan Eksploitasi atas Pelacur) disetujui oleh Majelis Umum PBB. Konvensi ini sebenarnya menggabungkan 4 konvensi mengenai perdagangan perempuan dan anak-anak yang telah disetujui pada masa sebelumnya. Global Alliance Against Traffic in Women (1997), Handbook for Human Rights Action in the Context of Traffic in Women, GAATW, Bangkok

dan Konflik Bersenjata.[26] Hak maternal pekerja perempuan, merupakan bagian dari hak-hak asasimanusia yang menjadi bagian dari hakekonomi, sosial dan budaya kamu perempuan. Dalam konvensi mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (CEDAW), Pasal 11 menegaskan bahwa : (1) Hak untuk bekerja sebagai hak asasi manusia; (2) Hak atas kesempatan kerja yang sama termasuk dalam hal seleksi; (3) Hak memilih profesi dan pekerjaan, mendapat promosi, jaminan pekerjaan, semua tunjangan, serta fasilitas kerja, pelatihan kejuruan dan pelatihan ulang; (4) Hak menerima upah yang sama termasuk tunjangan, termasuk persamaan perlakuan dalam penilaian kualitas kerja; (5) Hak atas jaminan sosial, khususnya dalam pensiun, pengangguran, sakit, cacat, lanjut usia; (6) Hak atas masa cuti yang dibayar; (7) Hak atas perlindungan kesehatan dan keselamatan kerja; (8) Hak atas perlindungan khusus terhadap terhadap fungsi melanjutkan keturunan dalam bentuk : a). Tidak dipecat atas dasar kehamilan atau atas dasar status perkawinan; b). Pengadaan cuti hamil dengan bayaran; c). Pengadaan pelayanan sosial dalam bentuk tempat penitipan anak; d). Pemberian pekerjaan yang tidak berbahaya[27].

Menurut penganut relativisme, sebuah hukum tidak akan berlaku efektif ketika masyarakat menentangnya karena tidak sesuai dengan norma-norma dan tradisi yang ada. Begitu juga yang terjadi dengan hak asasi manusia internasional yang ditetapkan berdasarkan konsensus internasional negara-negara. Jika tidak mengakui relativisme budaya dan nilai-nilai yang berkembang di negara-negara, instrumen internasional justru bisa menjadi 'impotent.' Salah satu sebabnya adalah karena instrumen internasional tidak mampu mengintervensi sebuah pelanggaran hak asasi manusia yang dilakukan oleh sebuah negara karena adanya

[26] Konvensi Penghapusan segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan atau yang dikenal dengan CEDAW. Konvensi ini ditandatangani pada tahun 1979 dan mulai berlaku pada tahun 1981. Konvensi ini merupakan puncak dari upaya Internasional yang ditujukan untuk melindungi dan mempromosikan hak-hak perempuan di seluruh dunia, termasuk di dalamnya anak-anak dan remaja perempuan.

[27] ibid

aturan hukum Piagam PBB yang melarang intervensi asing terhadap kedaulatan sebuah negara.

Sedangkan penganut universalisme cenderung menerapkan teori positivisme dimana sebuah hukum diperlukan untuk mengatur kehidupan sosial masyarakat. Paham ini berusaha menihilkan realitas sosial didalam masyarakat karena tujuan hukum memang diperlukan untuk memperbaiki kondisi sosial masyarakat tersebut. Perspektif ini tentu memerlukan sebuah infrastruktur hukum yang sangat kuat dan saling terkait. Misalnya, petugas hukum dan produk perundang-undanganya harus benar-benar netral dari *conflict of interest dan conflict of norms* agar tidak ada pihak yang dirugikan.

Kesimpulan

Secara umum dalam UU Ketenagakerjaan sudah ada aturan baku tentang perlindungan pekerja perempuan beserta hak-hak normatif yang melekat padanya. Akan tetapi dalam prakteknya tidak banyak pekerja perempuan bisa menikmati hak-haknya tersebut. UU Ketenagakerjaan tidak mengatur tentang batasan berapa usia kehamilan bagi pekerja perempaun untuk mulai mendapatkan hak tidak bekerja pada malam hari. Selain itu UU Ketenagakerjaan tidak menjelaskan larangan bagi pengusaha untuk mempekerjakan pekerja perempuan yang sedang hamil di berbagai pekerjaan lainnya yang dapat membahayakan bagi kehamilannya. UU Ketenagakerjaan juga tidak ada satupun yang menyinggung masalah pemindahan pekerja perempuan hamil ke tempat yang jenis pekerjaannya lebih ringan dan masalah diskriminasi, yang berkaitan dengan hak pekerja perempuan untuk kembali bekerja pada posisi dan upah yang sama setelah cuti melahirkan.

Perlindungan maternitas dan praktik gender pada pekerja perempuan yang berasal dari lokalitas budaya, tradisi atau agama di Indonesia bisa diterapkan didalam implementasi hak asasi manusia selama perlindungan dan praktik tersebut tidak bertentangan dengan HAM universal khususnya asas non diskriminasi dan

persamaan hak bagi semua manusia dalam hal ini pekerja perempuan.

Konvensi ILO Nomor 183 tentang Perlindungan Maternitas merupakan konvensi yang muatan materinya berisikan kesetaraan semua perempuan dalam angkatan kerja dan kesehatan dan keselamatan ibu dan anak dalam rangka mengakui keberagaman dalam pembangunan ekonomi dan sosial anggota serta keanekaragaman usaha dan perkembangan kesetaraan kesempatan dan perlakuan bagi laki-laki dan perempuan. Tujuan dari perlindungan maternitas tersebut adalah untuk memberikan kepastian pekerjaan dan penghasilan; perlindungan dari pemberhentian kerja dan diskriminasi; hak untuk lanjut bekerja setelah cuti; dan untuk mempertahankan upah dan penghasilan selama masa kehamilan, persalinan dan pemulihan. Peran terpenting dalam perlidungan maternitas adalah untuk melindungi dari perlakuan yang mengancam peran biologis perempuan, seperti kehamilan, persalinan, menyusui dan pemulihan tanpa harus termarjinalisasi pada pasar tenaga kerja.

Secara umum penelitian ini merupakan masukan bagi pemerintah agar meratifikasi Konvensi ILO No. 183 Tahun 2000 tentang perlindungan maternitas. Negara dalam hal ini perlu meninjau kembali perundang-undangan yang berkaitan dengan pekerja perempuan dan perlindungan maternitas serta jaminan atau tunjangan-tunjangan yang menjadi hak pekerja perempuan yang hamil, melahirkan dan menyusui.

Maka sangat direkomendasikan bahwa pekerja perempuan mendapatkan waktu kerja yang fleksibel dan cuti menyusui, disamping cuti hamil dan melahirkan. Badan Kesehatan Dunia menganjurkan bayi mendapatkan ASI eksklusif selama enam bulan. Maka sangat direkomendasikan pula bahwa pekerja perempuan mendapat cuti menyusui adalah selama enam bulan. Cuti hamil (tiga bulan pada fase pertama kehamilan), melahirkan dan menyusui perlu didukung hukum positif.

Daftar Pustaka

Astuti Nurhaeni, dkk, Pergeseran ParadigmaPembangunan PemberdayaanPerempuan MenujuPengarusutamaan Gender. Surakarta:Cakra Books, 2011

Better Work Indonesia,Better Work Indonesia Assessment 2012, Jakarta :International Labour Organisation, 2012

Dian Ferricha, Sosiologi Hukum dan Gender, Bayumedia : Malang, 2011

Global Alliance Against Traffic in Women, Handbook for Human Rights Action in the Context of Traffic in Women, Bangkok : GAATW, 1997

Ibrahim,Johnny,Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif, Surabaya: Bayumedia, 2005

Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, Parameter Kesetaraan Gender Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Cet II ,Jakarta : Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, 2012

Moser, Caroline. Gender Planning and Development: Theory, Practice andTraining, London: Routledge, 1995

Rifai, Ahmad. Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif, Jakarta: Sinar Grafika, 2010

Soerjono Soekanto, Sri Mamudji, Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007

Sunggono, Bambang,Metodologi Penelitian Hukum, Jakarta: Raja-wali Press, 2010

Vitayala Hubeis, Aida. Pemberdayaan Perempuan Dari Masa ke Masa, Bogor : IPB Press, 2010

Peraturan Perundang-undangan

Instruksi Presiden Nomor9 Tahun 2000

Konvensi ILO Nomor 183 tentang Perlindungan Maternitas

Undang- Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1970 tentang Keselamatan Kerja

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya
Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan
Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

Internet

Indah Budiarti,Mengapa perlindungan maternitas menjadi penting?,https://unionism.wordpress.com/2015/03/10/mengapa-perlindungan-maternitas-menjadi-penting/
http://mas-hanief.blogspot.co.id/2010/09/relativisme-dan-universalisme-ham.html
https://id.wikipedia.org

Daftar Kontributor

Al Khanif, S.H. (Universitas Jember), M.A. (Universitas Gadjah Mada), LL.M. (Universitas Lancaster), Ph.D. (School of Oriental and African Studies/SOAS Universitas London) adalah pengajar di Fakultas Hukum Universitas Jember, direktur the Centre for Human Rights, Multiculturalism and Migration (CHRM2) Universitas Jember dan Ketua Serikat Pengajar Hak Asasi Manusia (SEPAHAM) Indonesia periode 2017-2019.

Atip Latipulhayat, S.H., (Universitas Padjajaran), LL.M., (University of Monash), PhD (University of Monash) adalah staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Padjajaran.

Ayuningtyas Saptarini, S.H., (Universitas Jember) adalah mahasiswa pada program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember dan pegiat sosial di Mata Timoer Institute Jember.

Bestha Inatsan Ashila., S.H., (Universitas Indonesia), adalah Support Staff, Ministry of Woman Empowerment and Child Protection Republic of Indonesia-2015, Internship, Arteria Dahlan-2015, dan Research Assistant, Indonesia Judicial Monitoring Society, Faculty of Law, University of Indonesia (MaPPI FHUI)- 2016.

Bisariyadi., S.H., (Universitas Indonesia), LL.M., (University of Melbourne), adalah Researcher at the Constitutional Court of the Republic of Indonesia.

Dhia Al Uyun., S.H., (Universitas Brawijaya), M.H., (Universitas Brawijaya), dan sedang menempuh program doktor di (Universitas Airlangga), adalah pengajar di Universitas Brawijaya.

Dian Agung Wicaksono., S.H., (Universitas Gadjah Mada), LL.M., (Universitas Gadjah Mada, yang bekerjasama dengan Dennorske Ambassadeni Indonesien The Royal Norwegian Embassy in Indonesia), adalah Dosen dan Sekretaris Departemen Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada.

Dian Fericha, S.H., (Universitas Jember), M.H., (Universitas Islam Balitar), Dr. (UniversitasBrawijaya) adalah Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Balitar.

Dina Tsalist Wildana, S.HI., (Universitas Islam Negeri Sunan Kalijogo Yogyakarta), LL.M., (Universitas Gadjah Mada) adalah staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Jember dan staf peneliti di The Centre for Human Rights, Multiculturalism and Migration (CHRM2) Universitas Jember.

Dio Ashar Wicaksana., S.H (Universitas Indonesia), Master in Sociology of Law (Onati International Institute Sociology of Law), adalah Indonesian Judicial Monitoring Society Faculty of Law University of Indonesia (Masyarakat Pemantau Peradilan Indonesia Fakultas Hukum Universitas Indonesia- MaPPI FHUI) Researcher (June 2012-present).

Fajri Matahati Muhammadin., S.H., (Universitas Gadjah Mada), LL.M., (University of Edinburgh), kandidat doktor di International Islamic University of Malaysia, adalah Dosen di Departemen Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada (sejak 2013).

Habib Shulton., S.H.I., (UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta), S.H., (Universitas Cokroaminoto Yogyakarta), M.H., (Universitas Islam Indonesia Yogyakarta), adalah Dosen sekaligus pengelola Lembaga Penelitian, Publikasi dan Pengabdian Masyarakat (LP3M) Institut Agama Islam Maarif (IAIM) NU Metro Lampung, Pimpinan Redaksi (Pimred) Jurnal Fikri yaitu Jurnal Kajian Agama, Sosial dan Budaya.

Haidar Adam., S.H (Universitas Airlangga), LL.M (Comparative Constitutional Law di Central European University, Budapest-Hungary) adalah Pengajar di Fakultas Hukum Universitas Airlangga untuk mata kuliah Hak Asasi Manusia, Teori Konstitusi dan Perbandingan Hukum Tata Negara, Penelitipada Human Rights Laws Studies (HRLS) untuk isu kebebasan beragama dan berkeyakinan, dan pengurus Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara-Hukum Administrasi Negara (APHTN-HAN) Jawa Timur sebagai coordinator wilayah Surabaya.

Hilda., S.H (Universitas Tadulako), M.H.,(Universitas Padjadjaran) adalah Pengajar di Universitas Tadulako

Kukuh Budi Mulya, S.H., (Universitas Jember), M.H., (Universitas Jember), kandidat doktor ilmu hukum di Universitas Gadjah Mada Yogyakarta, adalah staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Jember.

Majda El Muhtaj, S.H. (Universitas Al-Wahliyah), M.H (Universitas Sumatera Utara Medan) dalah staf pengajar di Universitas Negeri Medan.

Mirza Satria Buana, S.H., (Universitas Lambung Mangkurat), M.H., (Universitas Islam Indonesia), Dr. (T.C. Beirne School of Law Universitas Queensland) adalah pengajar di Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat.

Muja'hidah, S.H., (Universitas Tadulako), M.H, (Universitas Padjadjaran), Dr. (Universitas Padjadjaran) adalah pengajar di Universitas Tadulako

Prischa Listiningrum, S.H., (Universitas Brawijaya), LL.M., (University of Edinburgh) adalah staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya.

Rachminawati, S.H., (Universitas Padjajaran), LL.M., (University of Portmouth Inggris) adalah kandidat doktor di School of Law University of Maastricht Belanda.

Rizqy Bachtiar, S.AB., (Universitas Brawijaya), MPA (University of Birmingham Inggris) adalah staf pengajar di Universitas Terbuka Malang.

Rudy Wijaya, S.H., (Universitas Lampung) LL.M (University of Kobe), Dr. (University of Kobe) adalah staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Lampung.

Siti Khoiriah., S.H.I (Institut Agama Islam Negeri), M.H (Universitas Indonesia), adalah staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Lampung.

Zuhri Saifudin., S.H., (Universitas Negeri Surakarta), M.H., (Pasca Sarjana UII Yogyakarta), adalah Constitutional Lawyer (Advokat/Praktisi dan Direktur/Pendiri "Kantor Hukum Pedang Keadilan and Partners"), Akademisi, Dosen HTN Universitas Jendral Ahmad Yani (UNJANI) Yogyakarta, dan Direktur Dewan Pimpinan Pusat Institut Pemantau dan Pengawas Pemerintahan Daerah (DPP IP3D).

SEPAHAM INDONESIA

SERIKAT PENGAJAR HAM INDONESIA

Globalisasi hak asasi manusia (HAM) yang telah berlangsung selama beberapa decade telah menyebabkan perdebatan universalisme versus relativisme dalam hak asasi manusia (HAM) semakin tajam di berbagai negara. Rejim HAM internasional dan para pendukung prinsip universalisme HAM berusaha untuk mengimplementasikan norma-norma HAM kesemua negara, melintasi batas-batas norma-norma local seperti agama dan budaya serta kepentingan nasional suatu negara. Tentu "globalisasi" HAM ini tidak berjalan mulus meskipun kian hari semakin banyak negara yang meratifikasi instrumen HAM internasional. Hingga kini masih banyak negara yang meyakini bahwa ketika manusia hendak mengklaim hak dan kebebasannya, mereka harus tunduk terhadap norma-norma yang berkembang di masyarakat sebagai hasil dari consensus nasional di Negara tersebut. Pendukung relativisme ini meyakini implementasi norma-norma HAM tidak akan pernah dapat efektif diterapkan di berbagai Negara jika rejim internasional memaksakan prinsip universalisme yang selama ini mereka agungkan.

Berangkat dari persoalan tersebut, Serikat Pengajar Hak Asasi Manusia (SEPAHAM) Indonesia sebagai satu-satunya organisasi yang menaungi para pengajar HAM di Indonesia berinisiatif menerbitkan buku untuk menjawab dinamika perdebatan universalisme versus relativisme di Indonesia. Dengan bekerjasama dengan The Centre for Human Rights, Multiculturalism & Migration (CHRM2) Universitas Jember yang juga focus dalam kajian HAM, SEPAHAM Indonesia dan para pengajar HAM yang bernaung di dalamnya merasa mempunyai tanggung jawab untuk memberikan pengetahuan terkait dinamika HAM di Indonesia kepada masyarakat. Tentu pemikiran-pemikiran yang ada di dalam buku ini masih memerlukan diskusi lanjutan sehingga SEPAHAM dan CHRM2 telah berkomitmen untuk menerbitkan buku-buku lain terkait HAM di masa yang akan datang.

Kontributor :

Al Khanif, Atip Latipul Hayat, Ayuningtyas Saptarini, Bestha Inatsan Ashila, Bisariyadi, Dhia Al Uyun, Dian Agung Wicaksono, Dian Fericha, Dina Tsalist Wildana, Dio Ashar Wicaksana, Fajri Matahati Muhammadin, Habib Shulton, Haidar Adam, Hilda, Kukuh Budi Mulya, Mazda El Muhtaz, Mirza Satria Buana, Muja'hidah, Prischa Listiningrum, Rachminawati, Rizqy Bachtiar, Rudy Wijaya, Saifudin., Siti Khoiriah.

ISBN 978-602-6610-42-3

The Centre for Human Rights, Multiculturalism and Migration (CHRM2)

SERIKAT PENGAJAR HAK ASASI MANUSIA (SEPAHAM) INDONESIA

Human Rights Law Studies (HRLS)